



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
“M.FANNO”**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

**“IL CONCORDATO PREVENTIVO
CON CONTINUITÀ AZIENDALE: QUADRO NORMATIVO, PROFILI
CRITICI ED INTERVENTI RIFORMATORI”**

RELATORE:

DOTT.SSA CARLOTTA RINALDO

LAUREANDA: MARTINA OSTI

MATRICOLA N. 1061821

ANNO ACCADEMICO 2018 – 2019

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

INDICE

INTRODUZIONE	3
Capitolo I - EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO.....	5
1. Il concordato preventivo dalla Legge Fallimentare del 1942 alla riforma del 2005.....	5
2. Le novità introdotte dal Decreto Sviluppo e dal D.L. 83/2015.....	7
3. L'influenza esercitata dal legislatore europeo	9
4. La Legge delega n. 155/2017 e il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza	13
Capitolo II - LA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE	17
1. I presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo	17
2. La domanda di ammissione alla procedura.....	19
3. L'autonomia del debitore nella predisposizione della proposta di concordato preventivo	21
4. La fattispecie del concordato preventivo con continuità aziendale	23
4.1 Continuità diretta e indiretta.....	25
4.2 Rapporto tra affitto d'azienda e concordato preventivo con continuità aziendale	28
5. Il concordato misto e la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa	31
6. L'esecuzione del concordato preventivo	32
7. La revoca dell'ammissione	34
Capitolo III - IL CONTENUTO DEL PIANO CONCORDATARIO.....	36
1. Il nucleo sostanziale della proposta: il piano di concordato	36
2. I finanziamenti concessi all'impresa in crisi e il sistema delle prededuzioni.....	39
3. Il miglior soddisfacimento dei creditori e il ruolo del professionista attestatore.....	43
4. La moratoria del pagamento dei creditori privilegiati	47
Capitolo IV - I BENEFICI PER IL DEBITORE	51
1. La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo	51
2. La partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici	54
3. Il pagamento di debiti anteriori nel concordato preventivo	56
4. La sospensione della disciplina del capitale sociale	59
Capitolo V - IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: CENNI.....	64
1. La nuova disciplina del concordato preventivo	64
2. Continuità aziendale e soddisfazione del ceto creditorio.....	66
3. I presupposti per l'accesso alla procedura	67
4. Continuità aziendale diretta e indiretta	69
5. La salvaguardia dei livelli occupazionali.....	71
6. Il criterio della prevalenza	73
CONCLUSIONI	75
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	77

INTRODUZIONE

Il presente elaborato tratta le disposizioni relative all'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale. Viene in particolare esaminato il contenuto normativo dell'articolo 186-*bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ossia della Legge Fallimentare.

La norma è stata introdotta dal D.L. n. 83/2012 (c.d. "Decreto Sviluppo") con l'obiettivo di tipizzare una sub-fattispecie di concordato preventivo che era già noto nella prassi concorsuale.

L'obiettivo dello strumento concordatario è individuato dalla legge: consentire una ristrutturazione dei debiti dell'impresa e, al contempo, soddisfare la massa creditoria dell'imprenditore, per il tramite di una proposta *ad hoc* pensata dal debitore stesso e sottoposta al vaglio dei suoi creditori.

Attraverso la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, la finalità soddisfattiva di cui sopra, che costituisce lo scopo, primo fra tutti, da raggiungere, viene perseguita consentendo la prosecuzione dell'attività d'impresa e, quindi, la conservazione del complesso aziendale.

Tale istituto è sottoposto alla disciplina generale del concordato preventivo ma ad esso vengono applicate ulteriori norme, che gli sono specificamente rivolte, le quali saranno oggetto d'esame nell'ambito di questo studio.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di esaminare il dato normativo concernente la disciplina del concordato con continuità aziendale, denotato spesso da scarsa chiarezza e quindi generatore di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, che saranno anch'essi qui oggetto d'analisi, e comprendere come il legislatore abbia inteso equilibrare, anche con ripetuti interventi legislativi, in ultimo con l'emanazione del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, i vari e spesso divergenti interessi in gioco nell'ambito di questa procedura.

L'elaborato è incentrato nell'analisi della disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale di cui alla Legge Fallimentare, in quanto essa è attualmente in vigore.

I profili salienti della nuova disciplina contenuta nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza sono stati, però, anch'essi ritenuti meritevoli di qualche accenno, per gli spunti interpretativi ed evolutivi che possono fornire nell'interpretazione della vigente Legge Fallimentare.

La tesi è articolata in cinque capitoli: nel primo viene analizzata l'evoluzione storica dell'istituto, attraverso un *excursus* degli svariati interventi riformatori susseguitisi dal 2005,

anche ad opera del legislatore comunitario, fino al recentissimo D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Nel secondo capitolo, la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale viene inquadrata normativamente nell'ambito della disciplina generale dello strumento concordatario, attraverso lo studio delle varie "fasi" dell'*iter* procedurale, dall'ammissione alla procedura fino ad arrivare alla sua fase esecutiva, quando essa si è, pertanto, già conclusa. In questo capitolo viene anche esaminato, dunque, il contenuto della proposta di questa "tipologia" di concordato, analizzando le fattispecie al ricorrere delle quali si applica la normativa qui studiata. Il terzo capitolo esamina lo strumento attraverso il quale la proposta concordataria viene attuata, ossia il piano di concordato. La legge prescrive, infatti, che esso debba avere un contenuto ben preciso, nonché essere accompagnato da specifiche attestazioni da parte di un professionista, il cui ruolo sarà anch'esso oggetto di approfondimento in tale parte dell'elaborato. Il quarto capitolo ripercorre le disposizioni che il legislatore ha previsto per agevolare il debitore che tenti di risanare la propria impresa per il tramite dello strumento concordatario. Infine, nel quinto capitolo si accenna alla disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, mettendo in luce le principali differenze con la normativa attualmente in vigore, specie con riferimento ai criteri per individuare le fattispecie al ricorrere delle quali sono applicabili le disposizioni sul concordato preventivo con continuità aziendale e le altre disposizioni di favore legate a tale istituto.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO

1. Il concordato preventivo dalla Legge Fallimentare del 1942 alla riforma del 2005 – 2. Le novità introdotte dal Decreto Sviluppo e dal D.L. 83/2015 – 3. L'influenza esercitata dal legislatore europeo – 4. La Legge delega n. 155/2017 e il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

1. Il concordato preventivo dalla Legge Fallimentare del 1942 alla riforma del 2005

Il concordato preventivo nella Legge Fallimentare del '42¹ consisteva in una proposta formulata dal debitore, originariamente unico soggetto legittimato ad intraprendere tale procedura, di pagamento dilazionato e/o decurtato (concordato dilatorio e/o concordato remissorio) ovvero di cessione dei beni ai creditori; tale proposta doveva essere assistita da garanzie reali o personali.

L'organo giurisdizionale costituiva una presenza molto forte nell'ambito della procedura di concordato, esso esercitava non solo un controllo di legittimità e di sussistenza delle condizioni per l'ammissione alla procedura ma, nel giudizio di omologazione, effettuava un controllo di merito sulla proposta stessa, tenendo conto dei comportamenti trascorsi e delle vicende passate dell'imprenditore². A tale rigida impostazione si sommava la scarsa flessibilità che la normativa riservava allo sviluppo della procedura del concordato, in quanto alle modalità di soddisfacimento dei creditori e con l'indicazione di percentuali minime di soddisfacimento dei creditori chirografari che si attestavano sul 40%.

Quest'insieme di vincoli imposti dalla legge, nella pratica incidevano negativamente sulla conservazione del valore produttivo e della capacità economica dell'impresa, rendendone più difficoltosa la sopravvivenza.

Di fatto, l'unica tipologia di concordato con continuità era rappresentata dal c.d. concordato con assunzione in garanzia, che consentiva la continuazione dell'attività aziendale, mentre il concordato con cessione dei beni, essendo di natura tipicamente liquidatoria, non permetteva tale proseguimento³.

¹ R.D. 16 marzo 1942, n. 267, abbreviato con "l.f." nel presente elaborato.

² G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 3/2012, p. 338 ss.

³ A. JORIO e B.N. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali vol. 4*, Milano, 2016, p. 3 ss.

Nel sistema del '42 era il fallimento ad occupare il ruolo centrale tra le procedure concorsuali: il debitore insolvente doveva essere dichiarato fallito, espulso dal mercato e l'impresa liquidata a favore dei creditori.⁴

La sostanziale inadeguatezza del concordato preventivo nella sua versione originale a soddisfare le esigenze di conservazione di entità economiche ancora vitali, benché in una situazione di crisi, ha indotto il legislatore ad emanare il D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con L. 3 aprile 1979, n. 95 (la c.d. "legge Prodi"), la quale recava "*Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*", ma il cui ambito di applicazione si limitava alle imprese di grandi dimensioni.

A partire dall'anno 2000 sono stati redatti una moltitudine di progetti di riforma da parte di gruppi parlamentari, commissioni governative e associazioni di categoria, atti a disegnare uno strumento di natura concorsuale che fosse idoneo ad affrontare le crisi d'impresa.

Con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con L. 14 maggio 2005, n. 80, è stata conferita la delega al Governo per la riforma organica dell'intera Legge Fallimentare, delega esercitata con il D.L. 9 gennaio 2006, n. 5. Il D.L. 12 settembre 2007, n. 169 è successivamente intervenuto ad apportare correzioni e modifiche all'originaria riforma.

L'idea forte che domina tale riforma è quella di favorire la ristrutturazione dell'impresa e la sua ricollocazione sul mercato, con conseguente salvaguardia dei posti di lavoro, favorendo la protezione del patrimonio aziendale ed evitando la dispersione dei valori aziendali, sempre nel preminente obiettivo di tutela e soddisfazione dei creditori⁵.

Il legislatore ha tentato di perseguire i suddetti obiettivi disegnando un modello di procedura duttile e flessibile, nel quale prevalesse l'aspetto privatistico e negoziale, prendendo spunto da modelli stranieri, soprattutto dal *format* giuridico del *Chapter 11* statunitense.

Il concordato riformato ha natura essenzialmente privatistica: il debitore e i creditori hanno la possibilità di gestire negozialmente la crisi dell'impresa, attraverso le forme da loro ritenute più idonee per risolverla. La ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti può avvenire, in base alle previsioni del piano concordatario, tramite qualsiasi forma giuridica o tecnica, anche per il tramite di operazioni societarie o accollo e/o mediante l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate di quote, azioni, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. È data la possibilità di suddividere i creditori in classi, in base all'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici e di stabilire trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse. Scompare il limite del 40% per il

⁴ U. MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss.

⁵ U. MACRI', *op. cit.*, p. 1049 ss.

soddisfacimento dei creditori chirografari: sono i creditori a valutare la proposta concordataria del debitore, che può consistere in una qualsiasi percentuale purché non meramente simbolica. È possibile la falcidia dei crediti privilegiati, possibilità esplicitata dal D.Lgs. "correttivo" del 12 settembre 2007, n. 169.

Il perseguito binomio negozialità-autonomia rimaneva comunque limitato e vincolato da una "gabbia" procedurale destinata a mantenere una forte impronta pubblicistica, manifestata dai poteri di direzione e controllo dell'organo giudiziario⁶.

2. Le novità introdotte dal Decreto Sviluppo e dal D.L. 83/2015

L'istituto del concordato preventivo è stato ulteriormente riformulato con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, noto come "Decreto Sviluppo", la cui principale novità è rappresentata dall'introduzione del concordato c.d. con continuità aziendale, disciplinato dall'art. 186-*bis* l.f., che prevede che la soddisfazione dei crediti avvenga, in tutto o in parte, attraverso i flussi di cassa generati dalla continuazione dell'attività aziendale.

La finalità che aveva caratterizzato l'intero impianto normativo del concordato preventivo sino a quel momento, rappresentata dal soddisfacimento dei creditori nel rigoroso rispetto della *par condicio creditorum*, è stata in qualche modo posta come scopo secondario rispetto al fine della prosecuzione dell'attività produttiva⁷. È quest'ultimo preminente obiettivo, ossia il mantenimento in vita dell'impresa, ad essere finalizzato all'ottenimento di una miglior soddisfazione dei creditori, sul presupposto che l'interesse degli stessi possa essere più efficacemente tutelato tramite la prosecuzione dell'attività di impresa, potenzialmente idonea a consentir loro un miglior soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il *surplus* deriverebbe da tutti quei valori aziendali e da quegli *assets*, quali tipicamente l'avviamento, i marchi, il *know-how*, che in caso di liquidazione potrebbero subire una rilevante e irreparabile perdita di valore, nonché da una generazione di reddito legata alle capacità o all'esperienza dell'imprenditore.

Le novità di maggiore rilievo⁸ sono il già richiamato concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* l.f. ed il concordato "in bianco", disciplinato dal sesto comma dell'art. 161 l.f., che ha come fine quello di agevolare il debitore nell'accesso alla procedura di concordato preventivo consentendogli di elaborare il piano e la proposta entro un certo termine concesso dal Tribunale, protetto dalle possibili azioni esecutive e cautelari esperibili dai suoi creditori.

⁶ G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 10/2016, p. 1074 ss.

⁷ P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2-3/2016, p. 241 ss.

⁸ M. ORLANDI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Fisco*, 2012, p. 7386 ss.

Sono stati introdotti strumenti finalizzati a garantire che la strada della continuità fosse effettivamente percorribile: è stato incentivato il reperimento di nuova finanza, l'art 182-*quinquies* l.f. consente all'imprenditore di contrarre finanziamenti prededucibili e di pagare crediti anteriori, a determinate condizioni e dietro autorizzazione del Tribunale. Come conseguenza è stato creato un sottosistema di prededuzioni a tutela dei crescenti costi della procedura concordataria.⁹ È stato sospeso l'obbligo di scioglimento della società durante la procedura nel caso in cui si verificano perdite che avrebbero comportato, dal punto di vista civilistico, tale conseguenza, si è offerto al debitore lo strumento della sospensione/scioglimento dai contratti pendenti e si è rafforzato il principio di maggioranza con l'introduzione del principio del silenzio-assenso.

Dal 2012 il legislatore è intervenuto ripetutamente sulla disciplina del concordato preventivo, con il fine, in un primo momento, di favorire sempre più la composizione negoziale della crisi di impresa e, successivamente, per eliminare aberrazioni che un sistema troppo fiducioso nella buona fede dell'imprenditore aveva determinato.

Ma i principi di fondo sono rimasti quelli dettati dal D.L. 83/2012 fino all'estate del 2015.

In concomitanza con i lavori della Commissione Rordorf, di cui si dirà in seguito, il Governo ha ritenuto di adottare delle misure urgenti di modifica delle norme sul concordato preventivo; è stato emanato il D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito e modificato con L. 6 agosto 2015, n. 132, sul presupposto della straordinaria urgenza e necessità di favorire la contendibilità delle imprese nell'ambito della procedura di concordato preventivo, in modo da incoraggiare l'onestà dei debitori in difficoltà nella conduzione della loro impresa e favorendo così efficaci risultati dei tentativi di ristrutturazione, di rafforzare la disciplina sull'erogazione dei finanziamenti alle imprese in crisi, di rafforzare i controlli a garanzia dell'indipendenza delle figure che affiancano l'organo giudiziario nella gestione delle procedure concorsuali¹⁰.

Con il decreto di cui si parla sono state introdotte nuove modifiche alla disciplina del concordato preventivo.

Alcune di queste modifiche rivoluzionano la normativa del concordato: viene data la possibilità di presentare offerte concorrenti da parte dei creditori, o uno solo di essi, che rappresentino almeno il 10% dei crediti (escluse alcune tipologie di creditori), essi possono predisporre proposte e piani concorrenti a quello del debitore. Tali offerte possono essere presentate solamente nel caso in cui il piano e la proposta del debitore prevedano un

⁹ G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 10/2016, p. 1074 ss; M. ORLANDI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Fisco*, 2012, p. 7386 ss.

¹⁰ MACRI, U., *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss.

soddisfacimento dei creditori non privilegiati inferiore al 40%, nel caso di concordato liquidatorio, e inferiore al 30%, nel caso di concordato con continuità aziendale¹¹.

Viene anche prevista la possibilità di cessione di beni, inclusa l'azienda, prima dell'omologazione mediante procedure competitive.

Pare, invece, un ritorno al passato (ante riforma del 2005) il ripristino della percentuale minima di pagamento dei crediti chirografari, tuttavia significativamente diminuita, passando dal 40% della vecchia normativa al 20% e il suo ambito di applicazione viene limitato al concordato liquidatorio, restando inapplicabile al concordato in continuità¹².

Scompare la regola del “silenzio-assenso” in relazione al voto, introdotta nel 2012, ritornando alla necessità di ottenere una vera e propria maggioranza esplicita.

Il D.L. 83/2015 introduce poi strumenti volti ad ottenere gli effetti sopra indicati: viene disciplinato il dovere del Commissario giudiziale di fornire i dati necessari ai creditori interessati a formulare un piano e una proposta concorrenti, nonché il suo obbligo di valutare ed esporre con più completezza nella propria relazione gli effetti di un eventuale fallimento, viene esplicitata la possibilità di finanziamenti in caso di concordati in continuità anche prima della presentazione del piano e della proposta, vengono previsti gli strumenti per attuare coercitivamente l'eventuale piano alternativo approvato dai creditori e le modalità per la votazione delle offerte concorrenti.

Con le modifiche apportate dal D.L. 83/2015, l'istituto del concordato in continuità viene reso sempre più autonomo rispetto al concordato c.d. liquidatorio.

3. L'influenza esercitata dal legislatore europeo

Nel quadriennio 2012-2015, mentre in Italia si interveniva ripetutamente sugli istituti di prevenzione, in Europa si promuovevano studi ed indagini in tema di risanamento e ristrutturazione dell'impresa in crisi, rivelatori di una sempre maggiore attenzione e sensibilità rispetto alla salvaguardia della continuità aziendale.

La Raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione europea del 12 marzo 2014, il Regolamento n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 e la proposta di Direttiva della Commissione europea presentata a Strasburgo il 22 novembre 2016 hanno influenzato le ultime novità in materia concorsuale nel nostro Paese.

¹¹ S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30 novembre 2015, p. 26 ss.

¹² S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30 novembre 2015, p. 8 ss.

La Commissione europea con la Raccomandazione¹³ del 12 marzo 2014 ha compiuto il primo passo nella direzione di una disciplina armonizzata dell'insolvenza tra gli ordinamenti degli Stati membri, con la formulazione di una serie di principi comuni ai quali dovrebbero uniformarsi le procedure nazionali, al fine di superare le disparità che si registrano tra i quadri nazionali e che producono costi aggiuntivi¹⁴. Si dovrà tener conto della raccomandazione nell'interpretazione delle norme nazionali che hanno introdotto o che introdurranno nuove procedure di insolvenza lasciando comunque al legislatore nazionale un ampio spazio di intervento, che dovrebbe essere nel senso indicato dalla stessa raccomandazione, ossia dell'introduzione di nuove procedure che inducano, magari anche con adeguati premi, le imprese debitorie ad iniziative di conservazione e risanamento tempestive, e non solo imposte da un'insolvenza già ormai conclamata ed irreversibile.

L'obiettivo generale, che si legge nel Considerando I della Raccomandazione, è “*garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*”¹⁵.

Punto di riferimento in Europa è stata l'esperienza americana della *reorganization* contenuta nel *Chapter 11* statunitense, i cui principi fondamentali sono il recupero dell'impresa in crisi nell'interesse prima di tutto dei creditori, in America si parla di *going concern value*, in base al quale il valore dell'azienda si estrinseca soltanto come insieme operativo, ed il principio del *fresh start*, secondo il quale deve essere attribuita all'imprenditore “onesto” la possibilità di ricominciare, con la consapevolezza che l'insuccesso fa parte del rischio d'impresa.¹⁶

I principi su cui si fonda la disciplina della Raccomandazione sono proprio quelli del *fresh start*, come sopra descritto, dell'*early intervention*, che consiste nel consentire al debitore di

¹³ La raccomandazione non è un atto vincolante ma fissa una serie di principi e di regole minime inderogabili cui gli Stati membri sono invitati ad attenersi nell'adozione o nella riforma delle proprie leggi fallimentari. Non è, però, del tutto priva di effetti giuridici immediati: la Corte di giustizia, 13 dicembre 1989, causa C-322/88, Grimaldi, in Raccolta, I-4407, precisa che “*i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante*”.

¹⁴ Ad esempio nella valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1026 ss; M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 286 ss.

¹⁵ Racc. UE 2014/135 12-3-2014 pubblicata in G.U.U.E. il 14-3-2014; M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss; U. MACRI, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss; G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1039 ss.

¹⁶ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fall.*, 2014, p. 733 ss.

implementare quadri di ristrutturazione che gli permettano di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, prima che si manifesti lo stato di insolvenza, della *reorganization* e dell'esdebitazione rapida (*discharge*) per l'imprenditore "onesto"¹⁷, ammettendolo al beneficio della liberazione dai debiti contratti nel corso dell'attività, per consentirgli un nuovo ingresso nel mercato.

Per limitare potenziali rischi di abuso della procedura, la Commissione europea rileva che debba sussistere un'elevata probabilità di rischio di insolvenza causato dalle difficoltà finanziarie del debitore e la necessità che il piano concordatario sia strutturato in modo tale da scongiurare tale rischio e assicurare la redditività dell'impresa. La Raccomandazione precisa che detto piano dovrebbe contenere una descrizione dettagliata in ordine alla capacità di raggiungere gli anzidetti obiettivi e che gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché il giudice possa respingere quello manifestamente inidoneo a impedire l'insolvenza del debitore, nonché incapace di garantirne la redditività. Ecco che la tutela della "continuità aziendale" sarebbe lecita solo qualora sussistesse la concreta aspettativa di ripristinare la normale attività d'impresa.

L'esigenza di tutelare la continuità dell'azienda è sottesa ad alcune delle più importanti novità introdotte dal Regolamento UE n. 848/2015¹⁸ che, muovendo dai dati dell'esperienza pratica, ha inteso rimediare alle criticità emerse in sede di applicazione del precedente Regolamento CE 1346/2000, al quale si è integralmente sostituito a partire dal 26 giugno 2017¹⁹. La Commissione ha ritenuto che il precedente Regolamento non riflettesse adeguatamente le attuali priorità dell'Unione europea di fronte alle difficoltà determinate dalla crisi economica e finanziaria che ha investito il nostro continente negli ultimi anni.²⁰ La Commissione ha precisato che "*l'obiettivo generale della modifica del regolamento è migliorare l'efficienza del quadro europeo per la risoluzione dei casi transfrontalieri di insolvenza, in modo da garantire il buon funzionamento del mercato interno e la sua resilienza in tempi di crisi economica*".²¹

Le modifiche più rilevanti, con riferimento al risanamento dell'impresa, apportate alla vecchia disciplina sono l'estensione anche alle procedure secondarie della possibilità che si tratti di

¹⁷ L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1013 ss.

¹⁸ Pubblicato in G.U.U.E. il 5 giugno 2015.

¹⁹ Il nuovo Regolamento non è una novella del Regolamento 1346/2000: attesa la quantità e qualità delle modifiche che coinvolgevano anche i considerando le istituzioni dell'Unione sono ricorse allo strumento della rifusione legislativa.

²⁰ P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1026 ss.

²¹ Reg. UE 848/2015; M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss; U. MACRI, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss.

procedure di ristrutturazione, l'aumento delle possibilità di successo della ristrutturazione assicurando l'unità gestionale dell'impresa in crisi, la previsione di un obbligo di collaborazione e di scambio di informazioni tra i giudici dei Paesi membri e tra i gestori delle diversi procedimenti e l'eliminazione dell'insolvenza quale requisito per ricomprendere le procedure nell'alveo operativo del Regolamento; l'art. 1 riformulato prevede che il regolamento si applichi non solo alle procedure basate sull'insolvenza conclamata, ma anche a quelle che abbiano come fine il tentativo di risanamento dell'impresa quando ancora l'insolvenza non si sia rivelata, ma vi sia il rischio che si manifesterà²².

La proposta di Direttiva presentata il 22 novembre 2016 enuncia fin dall'art. 1 l'importanza di promuovere la "cultura del salvataggio", ed è proprio questo obiettivo a delineare l'oggetto e l'ambito di applicazione della Direttiva²³.

Si invitano gli Stati membri a garantire ai debitori l'accesso a strumenti di allerta e prevenzione in grado di intercettare un andamento degenerativo dell'impresa e di segnalare loro la necessità di un intervento tempestivo.

L'art. 4 limita la partecipazione delle autorità, giudiziaria o amministrativa, ai casi in cui essa sia opportuna per garantire la salvaguardia dei diritti delle parti e precisa che il quadro di ristrutturazione preventiva, strumentale al ripristino dell'operatività e sostenibilità economica dell'azienda, debba essere disponibile su istanza del debitore o dei creditori, posta la necessità dell'accordo del debitore, e che esso può consistere in una o più procedure o misure²⁴.

Di seguito le più rilevanti previsioni contenute nella proposta di Direttiva, opportune per strutturare un quadro normativo idoneo a consentire alle imprese in difficoltà di intervenire precocemente per la ristrutturazione ed il ripristino della continuità aziendale:

- la specificazione che il piano di ristrutturazione deve contenere una dichiarazione motivata del proponente che spieghi in che modo il piano dovrebbe essere in grado di evitare l'insolvenza del debitore e di ristabilire la sostenibilità economica nel lungo termine, nonché le condizioni preliminari previste per il buon esito del piano (art. 8, co. 1, lett. g);
- la possibilità, per l'autorità giudiziaria o amministrativa, di rifiutare l'omologazione del piano di ristrutturazione privo di prospettive ragionevoli di prevenire l'insolvenza del debitore e di garantire la sostenibilità economica dell'impresa (art. 10, co. 3).

²² P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1026 ss; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fall.*, 2014, p. 733 ss.

²³ L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 8-9/2017, p. 873 ss.

²⁴ M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss.

Anche il panorama europeo, come quello nazionale, ha visto di recente alcune novità rilevanti in materia di quadri di ristrutturazione preventiva, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea della Direttiva UE 2019/1023 del 20 giugno 2019²⁵.

Dalla direttiva emerge²⁶, ancora una volta, il *favor* del legislatore europeo per la continuità aziendale, la quale ha, però, un ambito di riferimento oggettivo ben preciso, ossia la probabilità di insolvenza, ambito oggettivo che corrisponde solo parzialmente a quello scolpito dal legislatore nazionale nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza²⁷.

Vengono confermati pertanto, dalla direttiva, alcuni profili di criticità già evidenziati dalla dottrina in ordine all'attuale formulazione degli artt. 84 e 85 c.ins., con riguardo anche, ad esempio, ai diritti dei lavoratori ed al mantenimento di determinati livelli occupazionali nell'ambito delle procedure di ristrutturazione delle imprese in crisi.

4. La Legge delega n. 155/2017 e il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Nel febbraio 2015, in Italia, sono partiti i lavori della Commissione Rordorf, dal nome del suo Presidente Renato Rordorf, istituita con d.m. 28 gennaio 2015 ed incaricata dal Ministro Guardasigilli di redigere un disegno di legge delega, da licenziare entro il 31 dicembre 2015, per la riforma delle procedure concorsuali. Alla commissione Rordorf venne assegnato il compito di esaminare organicamente l'insieme delle norme relative alle procedure concorsuali e alla crisi d'impresa, al fine di avere un controllo sugli effetti della normativa e considerare l'esigenza di ulteriori interventi di risistemazione, tenuto conto di tutte le proposte e dei disegni di legge all'esame del Parlamento, oltre che dei contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché delle indicazioni europee²⁸.

L'istituzione di tale Commissione è derivata dalla forte necessità di pervenire ad un approccio di riforma della disciplina concorsuale sistematico ed organico, e non più sporadico e legato a situazione di emergenza²⁹, e finalizzato ad una tendenziale stabilità, sostituendo l'intera legge fallimentare vigente con una nuova disciplina dell'intera materia concorsuale e della crisi di impresa³⁰.

²⁵ La Direttiva è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2019.

²⁶ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²⁷ Ci si riferisce al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che contiene il "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", abbreviato con "c.ins." nel presente elaborato.

²⁸ U. MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss.; N. SOLDATI, *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in N. SOLDATI (a cura di), *Crisi d'impresa. Le novità del codice*, Sole 24 ore, 2019.

²⁹ G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 10/2016, p. 1074 ss.

³⁰ M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, Torino, 2018, p. 15 ss.

Il 30 ottobre 2017, sulla Gazzetta Ufficiale, è stata pubblicata la legge delega per la riforma della Legge Fallimentare (*“Delega al Governo per la riforma delle discipline delle crisi di impresa e dell’insolvenza”*)³¹.

L’art. 1, co. 2, L. n. 155/2017 invita espressamente il Governo a tener conto, nell’esercizio della delega, della normativa dell’Unione europea, in particolare del Regolamento UE 848/2015 e della Raccomandazione 2014/135/UE del 12 marzo 2014; la legge delega muove, pertanto ed innanzitutto, dalla necessità di valorizzare due prospettive generali delineate già a livello comunitario³².

La prima, emergente dalla Raccomandazione n. 2014/135 UE del 12 marzo 2014, è quella che scaturisce dall’esigenza di far emergere con anticipo la crisi imprenditoriale (c.d. *“early warning”*) e poter così intervenire anticipatamente nel risanamento, evitando l’insorgere dell’insolvenza. Da qui il proposito di approntare delle procedure di allerta che il debitore dovrebbe intraprendere già al manifestarsi di taluni indici oggettivi rivelatori della crisi, allo scopo di trovare soluzioni di composizione (*“assistita”* da appositi Organismi) con i creditori ed evitare la perdita della continuità aziendale³³.

La seconda prospettiva può rinvenirsi invece in una Proposta di Direttiva Comunitaria del 22 novembre 2016, con la quale la possibilità di intervenire precocemente sulla crisi incipiente (c.d. *“emerging insolvency”*) andrebbe favorita tramite l’accesso del debitore in crisi a soluzioni di ristrutturazione preventiva e di recupero dell’impresa, scoraggiando i concordati preventivi meramente liquidatori, ammissibili solo qualora l’apporto di risorse esterne consenta un apprezzabile aumento del soddisfacimento dei creditori, assicurando, comunque, il pagamento di almeno il 20% dell’ammontare complessivo dei crediti chirografari. In tal modo si offrirebbe al debitore una seconda opportunità di tornare ad operare sul mercato (c.d. *“fresh start”*). La priorità è accordata a quelle proposte che consentano il superamento della crisi tramite la prosecuzione dell’attività aziendale, anche da parte di un diverso imprenditore, purché siano funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori. Con la liquidazione giudiziale, pertanto, relegata ad un ruolo residuale per i casi in cui non ci siano idonee soluzioni alternative.

³¹ L. 19 ottobre 2017, n. 155.

³² M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 284.

³³ M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell’insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss; P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell’UE*, in *Società*, 6/2016, p. 734 ss; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 4/2016, p. 385 ss; M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d’impresa*, Torino, 2018, p. 16

Diversi sono i criteri direttivi volti a salvaguardare il recupero dell'impresa e la continuità aziendale, che tuttavia viene intesa dalla delega non come “valore assoluto”, ma come mezzo per garantire il miglior soddisfacimento dei creditori.

L'art. 6, co. 1, lett. i), L. n. 155/2017 si prefigge di integrare l'attuale disciplina del concordato con continuità aziendale, prevendendone l'applicabilità anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto d'affitto e alle proposte che contemplino la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa purché i creditori vengano soddisfatti prevalentemente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale³⁴.

Dopo un lunghissimo *iter* è finalmente approvato in Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo con cui il Governo in carica ha dato esecuzione alla Legge delega n. 155 del 2017 per la riforma delle procedure concorsuali.

Si tratta del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che contiene il “Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza”³⁵ con il quale si è attuata una riforma organica di tutto il diritto concorsuale.

Non si tratta di una mera rivisitazione della Legge Fallimentare, *rectius* del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, ma di un intervento organico che va ben aldilà di quanto fino ad oggi il legislatore aveva cercato di fare per “aggiornare” e tenere al passo con la realtà dei mercati e del mondo imprenditoriale la legge fallimentare³⁶.

La disciplina consta di quasi quattrocento articoli ed è destinata ad entrare in vigore il 14 agosto 2020, fatta eccezione per poche norme di immediata applicazione. Tuttavia, le procedure concorsuali già avviate a quella data continueranno ad essere disciplinate dal diritto sino ad allora in vigore. Può quindi prevedersi, considerata la durata media delle procedure concorsuali, un periodo di larga applicazione del vigente diritto fallimentare ancora per diversi anni dopo il 2020³⁷.

Peraltro, lo stesso c.ins. preannuncia, nel suo stesso articolato, taluni decreti attuativi che condizionano l'effettiva applicabilità di molte sue disposizioni; inoltre è stato seguito, già due mesi dopo la sua emanazione, da una ulteriore legge delega (L. 20/2019) con cui il Governo è stato investito del compito di promulgare disposizioni integrative e correttive del codice stesso, nel rispetto dei principi direttivi della legge delega.

Il “cantiere” della riforma concorsuale risulta ancora tutt'altro che chiuso, ancora prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

³⁴ M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss.

³⁵ Abbreviato con “c. ins.” nel presente elaborato.

³⁶ N. SOLDATI, *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in N. SOLDATI (a cura di), *Crisi d'impresa. Le novità del codice*, Sole 24 ore, 2019.

³⁷ M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 283

All'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza il concordato preventivo è disciplinato al Capo III ("Concordato preventivo") del Titolo IV ("Strumenti di regolazione della crisi") ed esso sarà oggetto di specifica trattazione nel capitolo conclusivo del presente elaborato.

CAPITOLO II

LA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

1. I presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo – 2. La domanda di ammissione alla procedura – 3. L'autonomia del debitore nella predisposizione della proposta di concordato preventivo – 4. La fattispecie del concordato preventivo con continuità aziendale – 4.1 Continuità diretta e indiretta – 4.2 Rapporto tra affitto d'azienda e concordato preventivo con continuità aziendale – 5. Il concordato misto e la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa – 6. L'esecuzione del concordato preventivo – 7. La revoca dell'ammissione

1. I presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo

Il presupposto soggettivo del procedimento di concordato coincide con quello previsto per il fallimento.

L'art. 160, co. 1, l.f., parla di "imprenditore" *tout court*, senza specificare di quale natura e di quali dimensioni debba essere l'impresa assoggettabile a concordato preventivo, in quanto il presupposto soggettivo per l'accesso a tale procedura è contenuto nell'art. 1 l.f.

L'art. 1 l.f. esordisce, infatti, con "*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che...*", prevedendo esplicitamente che i requisiti in esso esposti riguardino tanto l'imprenditore ammissibile a fallimento quanto quello ammissibile a concordato preventivo.

Il requisito previsto dal suddetto articolo è costituito dall'esercizio di un'attività commerciale. Conseguentemente ne restano esclusi gli imprenditori agricoli (e le società agricole, ancorché costituite nella forma di società commerciali) e gli enti pubblici.

La legge introduce, inoltre, al secondo comma dell'art. 1 l.f.³⁸, dei requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura, escludendo gli imprenditori commerciali di più modeste dimensioni: cioè coloro che "*dimostrino il possesso congiunto*" di tre requisiti quantitativi, con riferimento all'attivo patrimoniale (non superiore ad euro trecentomila per anno), ai ricavi lordi (non superiori ad euro duecentomila per anno), entrambi questi requisiti devono sussistere "*nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza*" di concordato "*o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore*", e ai debiti anche non scaduti (non superiori ad euro cinquecentomila).

³⁸ Al comma secondo dell'art. 1 l.f. si legge "*non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo*".

L'insussistenza, rilevabile anche d'ufficio, dei requisiti sopraelencati determina l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo, a norma dell'art. 162, co. 2, l.f.

Dal punto di vista oggettivo, presupposto del concordato preventivo è lo stato di crisi in cui si venga a trovare l'impresa³⁹. Un tale stato non è incompatibile ed alternativo rispetto allo stato di insolvenza, ma solo più ampio, il terzo comma dell'art. 160 l.f. stabilisce, infatti, espressamente che *“ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*, mettendo così fine ad alcune interpretazioni giurisprudenziali passate, orientate ad escludere l'ammissibilità della procedura in situazioni di vera e propria insolvenza⁴⁰.

L'insolvenza costituisce il più grave stato di crisi; ma quest'ultimo potrebbe ricorrere anche in situazioni di difficoltà meno grave.

È importante, però, definire di quale intensità minima debbano essere tali difficoltà, per poter essere qualificate come “crisi”, onde evitare di dilatare eccessivamente tale nozione e, conseguentemente, le possibilità di accedere alla procedura di concordato preventivo.

Può dirsi che, in principio, lo stato di crisi comprende anche quelle situazioni in cui, pur non essendosi ancora verificato un vero e proprio stato di insolvenza, consti tuttavia una situazione che realizzi il concreto rischio, o addirittura la certezza, che un'insolvenza, ancorché non in essere, si verificherà, che essa, insomma, sia imminente⁴¹.

Questo parziale scarto fra la nozione di crisi e stato di insolvenza permette di apprezzare la ragione della previsione, nel nostro ordinamento, di una procedura come quella concordataria affianco a quella fallimentare, pur essendo entrambe, in principio, rivolte a soddisfare i creditori.

L'intenzione del legislatore è stata quella di consentire all'imprenditore di porre rimedio con anticipo alla situazione di difficoltà vissuta dell'impresa⁴², in vista di un suo risanamento, consentendogli di accedere ad una procedura concorsuale pur in presenza di una condizione di difficoltà che non sia ancora uno stato di insolvenza, attribuendo, così al concordato preventivo una possibile funzione preventiva ed anticipatoria rispetto al fallimento.

L'imprenditore in crisi ha così la possibilità di avviare una regolazione concorsuale dei propri debiti ancor prima che la sua situazione economico-finanziaria si sia deteriorata al punto di

³⁹ M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 286 ss.

⁴⁰ Così, ad esempio, Trib. Alessandria, 7 giugno 2005, in *Giur.it.*, 2006, I, 2, 990; e Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 63.

⁴¹ Indici sintomatici potrebbero essere, ad esempio, una forte crisi di liquidità, o un eccessivo sovraindebitamento.

⁴² Così L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 9/2006, p. 1013, in considerazione del fatto che *“le operazioni di ristrutturazione presuppongono l'emersione tempestiva della crisi, quando ancora l'impresa è viva e vitale, prima cioè che sia venuto meno il credito, che i fornitori si siano rifiutati di mantenere ulteriori rapporti con l'imprenditore, che i dipendenti più qualificati abbiano cominciato a cercare un nuovo posto di lavoro”*.

divenire una vera e propria insolvenza. Egli potrà guidare la sua impresa nell'affrontare la crisi, senza subire gli effetti del fallimento e beneficiando di una parziale esdebitazione. Anche i creditori potranno beneficiare di un valore che, almeno nelle loro stime, potrà ritenersi maggiore di quello ricavabile da una procedura fallimentare: e ciò grazie alla possibilità di anticipare il momento in cui si procederà alla regolazione concorsuale dei loro crediti e, soprattutto, grazie ad un "piano" che, congegnato da chi meglio di tutti conosce le potenzialità dell'impresa in difficoltà, potrebbe consentire di "estrarre" da quest'ultima un valore superiore a quello che risulterebbe all'esito di una liquidazione fallimentare.

L'accesso del debitore al concordato preventivo era, in passato, subordinato alla sussistenza di altre condizioni, quali l'iscrizione al registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, e ad alcuni indici di "meritevolezza" dell'imprenditore, per esempio che egli avesse tenuto regolarmente la contabilità, che nei cinque anni precedenti non avesse subito la dichiarazione di fallimento o non fosse stato ammesso ad altre procedure concorsuali e non avesse subito condanne per delitto contro l'economia pubblica, la fede pubblica, il commercio o l'industria, o contro il patrimonio, o condanne per bancarotta.

Oggi, solo ai creditori, chiamati ad approvare la proposta concordataria, spetta valutare, in concreto, quali vantaggi possano essere realisticamente raggiunti attraverso il piano concordatario proposto.

Nemmeno una soglia minima di soddisfazione dei creditori è richiesta oggi dalla legge nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale.

2. La domanda di ammissione alla procedura

La domanda di ammissione alla procedura si propone con ricorso (art. 161 l.f.), il quale dovrà essere presentato al tribunale ove l'impresa ha la propria sede principale e comunicato al pubblico ministero.

Dopo tale deposito, la domanda verrà inoltre pubblicata nel registro delle imprese.

Il ricorso deve essere accompagnato dal deposito di tutta la documentazione idonea a rappresentare le componenti attive e passive di cui i creditori dovranno tener conto per valutare la convenienza della proposta, in particolare occorrerà depositare⁴³:

- un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico ed estimativo delle attività, il quale permette l'individuazione della massa attiva;

⁴³ M. SCIUTO, *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, in M. CIAN (a cura di), Torino, 2018, p. 15 ss.

- l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, il che consentirà di determinare la massa passiva;
- l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- un'analitica descrizione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

La descrizione di cui all'ultimo punto, prevista alla lett e) dell'art. 161co. 2, l.f., dovrà costituire a sua volta oggetto di un dettagliato piano, il quale consentirà, a priori, una migliore valutazione in termini di fattibilità della proposta ed, *ex post*, ad omologazione avvenuta, un controllo della regolare esecuzione del piano secondo il programma prospettato dal debitore.

Il contenuto del piano di concordato con continuità aziendale, al quale la legge riserva una disciplina *ad hoc*, sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo dell'elaborato.

La domanda e la documentazione sopra descritte dovranno essere accompagnati dalla relazione di un professionista (designato dal debitore e in possesso dei requisiti indicati dall'art. 67, co. 3, lett. d) che attesti la veridicità dei dati aziendali esibiti e la fattibilità del piano medesimo. Attestazione eventualmente da ripetersi nel caso in cui il piano subisca, nel corso della procedura, delle modifiche sostanziali⁴⁴.

Il legislatore si è fatto carico di favorire l'ammissione al concordato preventivo anche nei casi in cui, pur nell'urgenza di comporre la crisi di impresa prima che la situazione "precipiti", l'imprenditore ancora non sia riuscito, o non abbia avuto il tempo, di confezionare un piano concordatario da presentare ai creditori. Ciò può avvenire quando egli stia ancora esplorando le condizioni che potrebbero essere accettate dai creditori, pur rischiando, in tale fase di "trattative", di generare allarmi che, anziché favorire la composizione della crisi, potrebbero piuttosto provocare un'istanza di fallimento ancor prima che la via concordataria possa concretamente intraprendersi.

L'art. 161 l.f., al comma sesto, consente allora all'imprenditore in stato di crisi (sempre che non abbia già tentato inutilmente nei due anni precedenti), anche se attualmente sottoposto ad un'istruttoria prefallimentare, di depositare il ricorso⁴⁵ contenente la domanda di concordato, accompagnato dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e un elenco dei creditori, riservandosi

⁴⁴ V. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2009, 889 ss.; P. MONTALENTI, *Revocatoria, concordato, ristrutturazione del debito: le relazioni del professionista*, *NDSoc.*, 2007, p. 6; G. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 2008, I, 231; A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l.fall.*, in *Fall.*, 2010, 518 ss.; G.M. PERUGINI, *Il professionista nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 901 ss.; A. BELLO, *Il ruolo del professionista attestatore nel concordato preventivo*, in *NDSoc.*, 2015, p. 55.

⁴⁵ C.P. D'AIELLO, *Brevi note sul concordato "con riserva" e sui requisiti formali della domanda*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 50; M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, p. 227.

di presentare la proposta, il piano e la documentazione entro un successivo termine, assegnatogli dal giudice con decreto: si parla perciò di “concordato con riserva” o anche di “concordato in bianco”.

Nel periodo così concessogli con decreto, il debitore potrà definire la proposta concordataria senza essere esposto ad azioni esecutive dei creditori e senza temere di incorrere in una dichiarazione di fallimento.

Sussistono forti rischi di un abuso dello strumento del concordato in bianco a fini puramente dilatori, anche in assenza di ogni realistica prospettiva di addivenire ad una soluzione negoziata.

Sull'ammissibilità del ricorso deve pronunciarsi il tribunale (art. 162 ss.), il quale dovrà verificare innanzitutto la sussistenza dei presupposti di accesso alla procedura e della documentazione sopra indicata⁴⁶.

3. L'autonomia del debitore nella predisposizione della proposta di concordato preventivo

Il nucleo sostanziale della domanda di concordato preventivo consiste in una proposta ai creditori, con la quale si offre agli stessi una soddisfazione che, benché incompleta (e cioè in misura inferiore e/o in termini dilazionati rispetto a quanto dovuto) si prospetta come preferibile rispetto a quella che potrebbe trarsi da una procedura fallimentare. Questa proposta, viene solitamente articolata, sulla base di un programma di una qualche complessità, detto perciò “piano” concordatario⁴⁷, il cui contenuto verrà illustrato nel prosieguo dell'elaborato.

La proposta dovrà essere formulata in termini rispettosi di alcune condizioni legali e sufficientemente appetibili da provocare l'approvazione dei creditori. Il che non toglie che la sua formulazione spetta al debitore⁴⁸ ed egli gode di un largo spazio di autonomia sia nel determinare i concreti contenuti, sia nel programmare le modalità attraverso cui gli obiettivi così determinati potranno essere perseguiti.

L'art. 160 l.f. prevede espressamente che ciò potrà avvenire “*attraverso qualsiasi forma*”. Può dirsi così che il piano concordatario risulta tipizzato nella sua funzione ma non nei suoi contenuti⁴⁹. È lo stesso art. 160 l.f. a prevedere alcune “forme”, fra di loro poi combinabili, in

⁴⁶ S. AMBROSINI, *Il controllo giurisdizionale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, p. 551 ss.

⁴⁷ Cfr. M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, p. 172.

⁴⁸ Salvo il caso che siano i creditori o un terzo a formularne una alternativa (c.d. proposta concorrente). Ma resta fermo che solo del debitore può essere, a monte, l'iniziativa di accedere alla procedura.

⁴⁹ M. SCIUTO, *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, in M. CIAN (a cura di), Torino, 2018, p. 15 ss.

cui il piano potrebbe congegnarsi ma si tratta di un elenco puramente esemplificativo, che non esaurisce le modalità attraverso cui potrebbe essere definita la proposta concordataria.

La modalità di soddisfazione dei creditori che interessa ai fini del presente elaborato è quella che si realizza prevedendo espressamente di attingere non al valore attuale dell'impresa, bensì a quello "futuro" rappresentato dai flussi di reddito attesi dalla prosecuzione del suo esercizio. Prosecuzione che potrà poi far capo direttamente allo stesso debitore, ovvero realizzarsi indirettamente, cedendo l'azienda (o un suo ramo) ad un terzo ovvero conferendola in una o più società, anche di nuova costituzione, con impegno del cessionario al pagamento dei debiti nei termini concordati. Si parla in questo caso di concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l.f.

La proposta concordataria, potrà, essere assistita da garanzie, reali o personali, tipiche o atipiche, a favore di tutti o alcuni creditori, che potranno essere prestate dallo stesso imprenditore oppure da terzi.

Al debitore è poi consentito di suddividere i creditori in classi "*secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*" (art. 160 co. 1, lett. c), riservando poi trattamenti differenziati ai creditori appartenenti alle diverse classi. I creditori di un'impresa in crisi non costituiscono un gruppo del tutto omogeneo, venendo in realtà a scomporsi in gruppi aventi aspettative diverse, in ragione della diversità del titolo giuridico vantato e della loro condizione economica.

Alla luce di un talmente variegato fronte dei creditori, si profila il rischio che un'offerta identica per tutti raccolga un consenso quantitativamente inferiore di quello che potrebbe invece raggiungersi se l'offerta potesse essere differenziata rispetto ai diversi gruppi.

Sono gli stessi crediti contestati, per certi aspetti, a denotare una posizione giuridica atta a collocarli in un'apposita classe⁵⁰.

L'art. 160 l.f. concede infine un'opzione senza la quale potrebbe spesso risultare velleitario qualunque piano concordatario: quella di prevedere un pagamento non integrale dei creditori privilegiati, ossia muniti di privilegio, pegno o ipoteca. Questo purché la soddisfazione loro assicurata "*non risulti inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*" (valore stimato da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d). Per la parte restante del credito essi saranno considerati come chirografari. Il debitore ha un limite da rispettare e cioè egli non può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, attraverso l'attribuzione

⁵⁰ Cass. 7-3-2017, nn. 5689-5696.

dei trattamenti differenziati stabiliti per le classi (c.d. *absolute priority rule*), limite che ingessa alquanto l'autonomia del debitore nel predisporre il piano⁵¹.

Nel concordato con continuità aziendale è possibile, a determinate condizioni di cui si tratterà nella parte dell'elaborato dedicata al piano di concordato, prevedere una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca (art. 186-*bis*, co. 2, lett. c) l.f.).

La tendenziale autonomia del debitore nel decidere se e come formulare una proposta concordataria può imbattersi in due importanti limiti (introdotti dal D.L. 83/2015).

L'uno concerne la possibilità che uno o più creditori che rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti possano presentare una o più proposte concorrenti con quella del debitore, a meno che di quest'ultima non sia attestata l'idoneità a pagare i chirografari almeno il 40% o il 30% se il concordato è in continuità, nel qual caso proposte concorrenti non saranno ammesse (art. 163, co. 4 ss.)⁵². Si tratta comunque di proposte sempre successive a quella presentata dal debitore.

L'altro limite alla piena autonomia del debitore nel determinare il piano (offerte concorrenti art. 163-*bis* l.f.) riguarda l'eventualità che il piano medesimo contempli l'offerta di un soggetto, già individuato, di acquisire l'azienda, o di suoi rami o di singoli beni ad un prezzo pure già determinato; o che comunque preveda un contratto che realizzi indirettamente lo stesso effetto. Il tribunale, sollecitato dal commissario giudiziale, disporrà la ricerca di altri potenziali interessati, promuovendo un procedimento competitivo che consenta a terzi di formulare "offerte concorrenti", irrevocabili e assistite da opportune garanzie.

4. La fattispecie del concordato preventivo con continuità aziendale

Nella Legge Fallimentare gli elementi costitutivi della fattispecie caratterizzante il contenuto della proposta di concordato preventivo con continuità aziendale sono individuati dal legislatore fallimentare al comma 1 dell'art. 186-*bis* l.f., il quale recita: "*quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le*

⁵¹ Si ammette peraltro che un tale limite non valga nel caso in cui il piano contempli l'apporto di un terzo destinato a soddisfare classi di chirografari, pur non trovando integrale soddisfazione i privilegiati (e sempre che tale apporto non incida, per il resto, sul patrimonio del debitore): Cass. 8 giugno 2012, n. 9373.

⁵² In materia v. G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2016, p. 1389; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, p.1163; P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *NDSoc*, 2016, p. 26; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e governance dell'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, p. 335 ss.; M. VITALI, *Profili di diritto societario delle proposte concorrenti nella nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv.Soc.*, 2016, p. 870 ss.; D. GRIFFINI, *Le proposte concorrenti di concordato preventivo*, in *Giur.It.*, 2017, p. 262.

disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa."

Nell'esame dell'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 186-bis l.f., una questione dibattuta in dottrina afferisce al numero chiuso delle "vicende d'impresa" individuate dal legislatore quali mezzi idonei allo svolgimento dell'attività economica, e precisamente: la prosecuzione dell'attività da parte del debitore, la cessione di azienda in esercizio ed il conferimento di azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione⁵³.

L'articolo in questione individua in maniera puntuale le fattispecie caratterizzanti questa tipologia di concordato e, stando anche al tenore letterale del primo comma, si dovrebbe affermare il valore cogente delle ipotesi contemplate dal legislatore, a maggior ragione se si fa un paragone con il dettato di cui all'art. 160 l.f.⁵⁴, nel quale l'oggetto del piano di concordato viene definito individuando un ambito di applicazione generale e lasciando ampi margini di discrezionalità all'autonomia delle parti nella redazione del piano di concordato.

La tesi della tassatività ha trovato modesto accoglimento in dottrina; le contestazioni ruotano maggiormente attorno all'esclusione dalle fattispecie possibili dell'affitto d'azienda, il quale è invece strumento principe consolidato in prassi nella gestione delle crisi d'impresa, nonché di talune operazioni straordinarie, quali la scissione e la fusione, che potrebbero risultare idonee alla prosecuzione dell'attività mediante l'intervento di un terzo⁵⁵.

Per riconoscere quando la continuità è rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, è necessario partire dalla definizione di continuità aziendale.

L'art. 186-bis l.f. non fornisce una definizione di continuità aziendale, né introduce alcun criterio per individuare le fattispecie che la caratterizzano, per cui l'eventuale criterio generale sottostante alla fattispecie deve essere desunto a livello sistematico, indagando in merito alla causa concreta della procedura di concordato con continuità.

In base alla pronuncia delle Sezioni Unite⁵⁶, tale causa concreta, intesa come "*obiettivo specifico perseguito dal procedimento*", "*non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata*" ed è "*finalizzato al superamento della situazione*

⁵³ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2/2015.

⁵⁴ Al comma 1 dell'art. 160 l.fall. si legge: "*L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero partecipazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; ...*"

⁵⁵ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 4 agosto 2013; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1225 ss., il quale parla dell'art. 186-bis l.fall. come di "*norma di applicazione necessaria quando vi sia la continuità aziendale*".

⁵⁶ Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521

di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pure ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro". Nel concordato con continuità aziendale, detta "causa" è perseguita per il tramite dello strumento della continuità, che consta nella ristrutturazione dell'azienda al fine della conservazione della redditività, strumentale al pagamento dei creditori.

Ogni singola impresa in crisi ha una situazione peculiare e il piano di concordato prende necessariamente forma da essa, pertanto non si potrebbe mai vincolare il ricorrente ad un numero chiuso di strumenti solutori della crisi d'impresa, né richiedere che il piano di concordato possa attenersi ad uno schema giuridico vincolante e predeterminato. Una tale impostazione ermeneutica non sarebbe rispettosa della natura della procedura di concordato. Deve allora affermarsi che è da ricomprendersi nella fattispecie di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l.f. ogni forma di esercizio diretto o indiretto dell'impresa, anche diverso dalla cessione e dal conferimento, purché finalizzata al perseguimento della causa concreta della procedura⁵⁷.

4.1 Continuità diretta e indiretta

L'art. 186-bis l.f. aggrega in un'unica disciplina ipotesi di prosecuzione diretta dell'impresa e ipotesi di subentro di terzi soggetti; le prime realizzano una forma di continuità soggettiva o diretta, le seconde una continuità oggettiva o indiretta.

La continuità diretta o soggettiva si realizza quando è lo stesso debitore insolvente che ha depositato domanda di ammissione alla procedura, che prosegue lo svolgimento dell'attività economica⁵⁸ per poter far fronte alle proprie obbligazioni così come rideterminate all'interno della proposta concordataria; tale forma di continuità non sembra dare adito a margini di disquisizioni definitorie, sebbene sia discusso che la prosecuzione dell'attività di impresa nelle more del concordato sia sempre rilevante ai fini dell'applicazione della norma⁵⁹. Potrebbe, infatti, sussistere una "continuità di fatto", al momento della presentazione della domanda di ammissione al concordato da parte di un'impresa in crisi data, per esempio, dall'impossibilità oggettiva di interrompere immediatamente le produzioni o di liquidare il personale. Tale continuità non sarebbe rilevante ai fini dell'imposizione del 186-bis l.f.

Affinché la continuità sia rilevante è necessario che al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato l'imprenditore insolvente stia esercitando l'attività imprenditoriale in una prospettiva non meramente liquidatoria di

⁵⁷ V. PETTIROSSI, *op. cit.*; L. STANGHELLINI, *op. cit.*

⁵⁸ A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Cont. Impr.*, 2013, p. 1088 ss.

⁵⁹ Sul punto L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 1229.

dismissione, dissoluzione, dell'azienda, ma orientata al mantenimento della professionalità, organizzazione ed economicità, anche se in vista della futura cessione dell'attività.

Nella continuità indiretta o oggettiva l'attività d'impresa è proseguita da un soggetto diverso dal debitore; è prevista, anche in questo caso, una gestione aziendale da parte dell'imprenditore concordatario, ma in questo caso si tratta di una gestione meramente conservativa, volta principalmente a mantenere il valore del complesso aziendale nell'ottica di un migliore realizzo del medesimo.

Vale rilevare che la cessione e il conferimento di azienda in esercizio a soggetti terzi, sembrerebbero maggiormente compatibili con una prospettiva liquidatoria della procedura di concordato, tanto che prima della regolamentazione ad opera del Decreto Sviluppo, le cessioni di azienda venivano trattate in dottrina alla stregua di *cessio bonorum*⁶⁰.

Sulla questione si sono formate in dottrina diverse posizioni, volte ad indagare quando il trasferimento a terzi dell'azienda, sotto diverse forme, sia rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 186-*bis* l.f.

Secondo un primo orientamento, affinché la cessione di azienda possa rientrare nell'ambito dell'art. 186-*bis* l.f., è necessaria una correlazione tra l'adempimento delle obbligazioni e l'esercizio dell'attività d'impresa⁶¹. Laddove il piano dovesse prevedere la semplice soddisfazione dei creditori mediante la distribuzione agli stessi del compenso in denaro liquidato a seguito della cessione di azienda, la domanda di concordato non dovrebbe essere presentata ai sensi dell'art. 186-*bis*, ma più semplicemente a norma dell'art. 160 l.f.⁶². Sarebbe, pertanto, il rapporto tra flussi di cassa direttamente conseguibili dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e pagamento dei creditori a determinare l'ambito di applicazione della disciplina⁶³.

Altra corrente interpretativa esclude, al contrario, che nelle vicende traslative dell'impresa la continuità rilevi soltanto laddove esista un nesso finanziariamente evidente tra flussi di cassa generati dalla futura prosecuzione dell'attività e adempimento delle obbligazioni pregresse,

⁶⁰ Argomenta S. AMBROSINI, *op. cit.*, che prima del Decreto Sviluppo, la cessione dell'azienda a terzi rientrava nella categoria del concordato per *cessio bonorum*.

⁶¹ A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, cit., p. 1092, il quale argomenta "...là dove il soddisfacimento dei creditori prescinde dallo svolgimento dell'attività d'impresa, pur potendo il percorso concordatario avere ad oggetto la cessione di aziende in regime di continuità, non vi è ragione di ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 186 bis l. fall., dal momento che l'attestazione concordataria sarebbe, in tali ipotesi, funzionale a dimostrare la fattibilità di un piano che, in realtà, non incide, nei suoi effetti, sul soddisfacimento dei creditori".

⁶² Ancora sul tema A. LOLLI, *op. cit.*, p. 1093.

⁶³ Tale impostazione giuridica della disciplina si rinviene in maniera molto chiara nella legge tedesca sull'insolvenza, art. 229, che ha il pregio di dettare esplicitamente un criterio generale. Lo stesso pregio non si riscontra nella norma italiana che non individua chiaramente una regola, ma offre un ventaglio di soluzioni, che non si esimono dal diventare oggetto di diverse e contrastanti interpretazioni.

poiché il corrispettivo della cessione di azienda⁶⁴, nella misura in cui remunera l'avviamento, è sempre ponderato in funzione della capacità reddituale prospettica dell'impresa che si va a cedere⁶⁵.

Il tratto qualificante non è allora la correlazione tra la prosecuzione dell'attività e la capacità di pagamento dei creditori, che si dà per assunta, quanto il fatto che l'azienda che si va a cedere è "in esercizio", ossia non esercitata in una prospettiva meramente liquidatoria.

Mancherebbe il requisito della continuità in tutte quelle proposte concordatarie che:

- prevedono l'alienazione dell'intera azienda ma non disciplinano in alcun modo la prosecuzione dell'attività aziendale;
- ipotizzano una prosecuzione dell'attività aziendale finalizzata unicamente a sopperire ad esigenze momentanee⁶⁶ senza prevederne la successiva alienazione.

Un altro importante profilo da indagare in merito alla cessione dell'azienda a terzi, attiene al momento di perfezionamento della vicenda traslativa e quindi circa la necessità o meno che l'impresa faccia capo al debitore al momento della presentazione della domanda⁶⁷.

In punto è stata sostenuta l'ammissibilità della cessione di azienda ancor prima del decreto di omologa, laddove ciò rappresenti il miglior strumento per garantire gli interessi dei creditori, stante l'obbligo di preventiva autorizzazione da parte del comitato dei creditori e la sua conformità al piano presentato. Non sono tuttavia mancate posizioni contrarie ove si argomenta in merito all'obbligo di alienare l'azienda soltanto dopo l'omologa del piano, onde evitare di anticipare gli effetti della fase di liquidazione.

⁶⁴ E lo stesso può dirsi per il valore assegnato in sede di conferimento.

⁶⁵ La cessione dell'azienda "in esercizio" consente in talune realtà aziendali di non disperdere il valore dei c.d. beni immateriali, tanto l'avviamento in senso stretto quanto il *know-how* acquisito dalla forza lavoro impiegata, quanto la quota conquistata dall'impresa sul mercato, che potrebbe essere "aggredita" dai *competitors* in ipotesi di cessazione improvvisa dell'attività.

⁶⁶ Per esempio per il completamento di un'opera per evitare il pagamento di penali o la perdita di valore dei semilavorati già posti in essere.

⁶⁷ La questione è stata esaminata ancor prima dell'entrata in vigore del Decreto Sviluppo, essendo da sempre oggetto di dibattito se determinati atti possano essere perfezionati prima dell'omologa del piano di concordato. Si legga in punto Trib. Bergamo, 1 dicembre 2011, in *Fall.*, 3/2012, p. 335 ss., con nota G. LO CASCIO, *Cessione di azienda*.

4.2 Rapporto tra affitto d'azienda e concordato preventivo con continuità aziendale

Molteplici sono le questioni sottese alla compatibilità del contratto di affitto d'azienda con il disposto di cui all'art. 186-*bis* l.f.

In dottrina le criticità indagate attengono alla natura “provvisoria” del trasferimento d'azienda, ai tempi della sottoscrizione del contratto d'affitto e all'imputabilità del rischio d'impresa⁶⁸.

Per quanto attiene il primo profilo critico, stando al tenore letterale della norma⁶⁹, l'affitto d'azienda fine a se stesso, che non comprenda, quindi, un impegno all'acquisto dell'azienda, sarebbe da escludersi dal paradigma della continuità aziendale a causa della “provvisorietà” del trasferimento della titolarità dell'impresa, che renderebbe estranea alla previsione normativa tale fattispecie. E ciò in quanto manca nell'art. 186-*bis* l.f. un espresso riferimento allo strumento di affitto di azienda⁷⁰.

La possibilità di ricomprendere nella disciplina dell'art. 186-*bis* l.f. l'affitto è quindi subordinata alla preventiva finalizzazione dello stesso alla successiva cessione (o conferimento) dell'azienda locata⁷¹.

Quando l'affitto è finalizzato alla conclusione di un contratto di cessione dell'azienda in favore dell'affittuario⁷², non vi sarebbe alcun profilo di incompatibilità con la disciplina del concordato con continuità, in quanto l'affitto diventa lo strumento, non indicato ma nemmeno vietato dal legislatore, per attuare lo stesso scopo conservativo in previsione della vendita diretta o del conferimento d'azienda, ossia evitare una perdita di funzionalità dell'intero complesso aziendale in vista di un suo successivo passaggio a terzi⁷³.

Il percorso logico che conduce a considerare l'affitto d'azienda quale strumento funzionale al raggiungimento degli obiettivi sottesi alla continuità aziendale, presuppone l'accettazione a monte del concetto secondo cui il legislatore, con la norma di cui all'art. 186-*bis* l.f., abbia inteso tutelare l'oggettiva, e non la soggettiva, continuazione del complesso aziendale, sia

⁶⁸ G. BOZZA, *Affitto e vendita dell'azienda quali strumenti di risanamento dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2017, p. 1023 ss.

⁶⁹ Trib. Terni 2 aprile 2013, in www.ilcaso.it e Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it

⁷⁰ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, in *Il Civilista*, 2012, p. 58.

⁷¹ Trib. Avezzano 22 ottobre 2014, in *Fall.*, 7/2015, con nota di G.B. NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, p. 846 ss.

⁷² Così A. MAFFEI ALBERTI, sub. art. 186 bis, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2013, p. 1328.

⁷³ Hanno ritenuto incompatibile l'affitto di azienda con il concordato in continuità aziendale, tra tanti, Trib. Milano 28 novembre 2013; Trib. Ravenna 22 ottobre 2014; Trib. Arezzo 27 febbraio 2015; Trib. Pordenone 4 agosto 2015; Trib. Firenze 1 febbraio 2016; Trib. Como 29 aprile 2016; tutte in www.ilcaso.it; Trib. Pordenone 19 gennaio 2017; App. Trieste 20 aprile 2017 e App. Firenze 5 aprile 2017, tutte in www.fallimentiesocietà.it.

direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (cessionario, conferitario ed a questo punto anche affittuario)⁷⁴.

In merito alla questione dei tempi di sottoscrizione del contratto di affitto, bisogna chiedersi se la disciplina di cui all'art. 186-*bis* l.f. sia del tutto compatibile con una attività di impresa che procede in capo ad un terzo sin prima dell'ammissione alla procedura.

È pacifica l'ipotesi di ammissibilità di un contratto di affitto d'azienda sottoscritto dopo l'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato, posto che vi è la necessità di autorizzazione della sottoscrizione del contratto da parte del Tribunale, configurandosi il medesimo quale atto di straordinaria amministrazione.

L'imprenditore ricorrente, al momento della presentazione della domanda di concordato, e quindi prima di essere ammesso alla procedura, potrebbe però avere già sottoscritto un contratto di affitto-ponte, quale rimedio provvisorio allo stato di crisi, in vista di una futura cessione. La disciplina del concordato con continuità aziendale, complessivamente intesa, sembrerebbe di difficile applicazione a tale fattispecie⁷⁵.

Il disallineamento tra la fattispecie di affitto anteriore e applicazione della disciplina dedicata al concordato preventivo con continuità aziendale può rinvenirsi esaminando alcune norme previste per tale "tipologia" di concordato.

Tale esame rileva anche per effettuare alcune considerazioni in merito al terzo elemento di criticità afferente la compatibilità tra contratto d'affitto d'azienda e disciplina sulla continuità aziendale, ossia il trasferimento del rischio d'impresa.

Con l'affitto di azienda, il rischio d'impresa si trasferisce dal debitore all'affittuario, in tal modo i creditori verrebbero a sopportare l'alea riconducibile non più alla gestione condotta dall'imprenditore in concordato, ma dal terzo. Gli oneri cautelativi previsti alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 186-*bis* l.f. per la redazione del piano, e quindi l'indicazione analitica dei ricavi e dei costi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie, nonché della relative modalità di copertura, sembrerebbero riferiti alle sole ipotesi in cui è l'imprenditore concordatario ad esercitare l'attività e può, pertanto, nel piano, valutare

⁷⁴ A. PATTI, *Il contratto di affitto di azienda nel concordato preventivo con continuità* (nota a Trib. Cuneo 31.10.13), in *Fall.*, 2014, p. 191 ss.; L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, in *www.ilcaso.it* ottobre 2012; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bolzano 27 febbraio 2013; Trib. Roma 24 marzo 2015 e 29 gennaio 2014; Trib. Vercelli 13 agosto 2014; Trib. Reggio Emilia 21 ottobre 2014; Trib. Rovereto 13 ottobre 2014; Trib. Macerata 12 gennaio 2017, tutte in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine 5 maggio 2016, in *www.fallimentiesocietà.it*.

⁷⁵ Trib. Busto Arsizio 1 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, limita l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 186 *bis* l.f. all'ipotesi in cui il contratto d'affitto sia stipulato dopo l'ammissione o l'omologa; al contrario, Trib. Vercelli 13 agosto 2014, in *www.ilcaso.it*, Trib. Mantova 19 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*, Trib. Bolzano 27 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, ammettono la continuità anche nel caso di stipulazione del contratto di affitto prima della presentazione della domanda di concordato.

i costi della gestione, nel mentre non può proiettarsi sull'affittuario estraneo alla procedura concordataria, il quale continua l'attività d'impresa, sulla quale nessuna verifica è possibile⁷⁶. Anche pensando alle previsioni normative concernenti l'attività di verifica dell'attestatore si possono utilizzare le stesse argomentazioni: egli non potrebbe attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa tramite l'affittuario è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, in quanto non potrebbe svolgere quelle verifiche contabili, finanziarie, organizzative per una verifica in merito allo svolgersi della sua gestione. Questo né nella fase iniziale, né successivamente per un controllo sull'andamento dell'attività, per verificare se la gestione è attiva e garantisce il pagamento del canone e poi del prezzo, o se sussistono le ipotesi di revoca di cui all'art. 186-*bis*, co.6, l.f., ossia la manifesta dannosità dell'esercizio dell'attività di impresa.

Anche la norma di cui al comma 3 dell'art. 186-*bis* l.f., riferita alla continuazione dei contratti pubblici, prevede l'intervento di un professionista che deve svolgere controlli e valutazioni sull'attività del debitore e sulla sussistenza di determinate condizioni, essa è quindi compatibile con l'ipotesi di continuità diretta; la norma prosegue disponendo che *“di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti sono trasferiti”*, ma tale previsione, oltre a non contenere alcun accenno all'affitto e all'affittuario, fa capire come il cessionario o il conferitario possa avvantaggiarsi della continuazione dei contratti pubblici proprio perché, prima della cessione o del conferimento, vi è stata quella attestazione di cui parla la norma e che presuppone, il proseguimento dell'attività d'impresa in capo al cedente o conferente in modo da arrivare alla cessione o conferimento con l'azienda in esercizio.

È sempre il debitore concordatario che, con il ricorso di cui all'art. 161 l.f. o successivamente, può fare istanza al tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato per essere autorizzato allo scioglimento dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso o a sospenderli, e non certo l'affittuario, il quale è tenuto al rispetto dei contratti che a lui si trasferiscono a norma dell'art. 2558 c.c.

Anche la disciplina di cui all'art. 182-*quinquies* l.f., comma 1, relativa alla richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, soggetto richiedente i finanziamenti è previsto debba essere l'imprenditore in concordato e per ottenere tali finanziamenti e la loro prededucibilità è necessaria l'attestazione di un professionista.

⁷⁶ Trib. Terni 2 aprile 2013, in www.ilcaso.it e Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, sostengono l'inconciliabilità di un bilancio previsionale in esercizio con indicazione della relativa copertura finanziaria e di un'attestazione qualificata di funzionalità della prosecuzione al miglior soddisfacimento dei creditori, con il trasferimento del rischio di impresa dal debitore all'affittuario.

Constatato che le disposizioni sopraelencate sono inapplicabili all'affittuario, si deve concludere che la fattispecie normativa di cui all'art. 186-*bis* l.f. sembrerebbe riferita ed applicabile al debitore concordatario e non all'affittuario e che il concordato con continuità indiretta presuppone la prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte del debitore nel corso della procedura attraverso una gestione funzionale alla futura cessione o conferimento dell'azienda, per scongiurare il rischio della perdita dei valori che un arresto dell'attività produrrebbe in modo irreversibile. E ciò al fine di massimizzare il valore di realizzo con maggiori prospettive di soddisfacimento del ceto creditorio.

L'affitto non è il fine cui la procedura tende, ma solo un eventuale mezzo finalizzato alla cessione dell'azienda⁷⁷, per raggiungere quel fine del trasferimento dell'azienda in esercizio da parte del venditore.

5. Il concordato misto e la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa

La possibilità di liquidare i beni non funzionali all'esercizio dell'impresa nell'ambito di un concordato con continuità aziendale è prevista dal primo comma dell'art. 186-*bis* l.f.

Sono possibili, pertanto, soluzioni di tipo "misto" nelle quali possono convivere modalità di soddisfacimento dei creditori derivanti dalla prosecuzione dell'attività con soluzioni di matrice meramente liquidatoria.

Il concordato misto è una figura atipica di concordato preventivo, di creazione giurisprudenziale, che si pone come fattispecie ibrida tra il concordato liquidatorio ed il concordato con continuità aziendale ed in tale categoria di concordato rientrano sia il concordato con continuità aziendale diretta che in continuità indiretta, che prevedano anche la liquidazione di beni non funzionali.

Il concetto di "funzionalità" in diritto può desumersi dall'art. 2555 c.c., alla stregua della "organizzazione" che vincola determinati beni ad essere strumentali all'attività d'impresa⁷⁸.

Il criterio di funzionalità è un criterio relativo, in quanto un cespite può dirsi funzionale solo fintanto che lo si consideri alla stregua di una predeterminata unità aziendale.

Inoltre la funzionalità di un cespite si individua non con riferimento all'azienda complessivamente intesa come esistente al momento della presentazione della domanda, ma

⁷⁷ Secondo G. BOZZA, *Affitto e vendita dell'azienda quali strumenti di risanamento dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2017, p. 1023 ss., la continuazione dell'esercizio dell'impresa tramite l'affitto a terzi può essere utilizzata come soluzione ponte in vista della presentazione di una proposta di concordato preventivo ma essa non rientra nella previsione dell'art. 186-*bis* l.f. per l'applicazione dei benefici connessi alla continuità aziendale; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 21 gennaio 2013, secondo il quale un piano incentrato sull'affitto può considerarsi piano in continuità solamente fino al passaggio di disponibilità dell'azienda nelle mani dell'affittuario.

⁷⁸ V. PETTIROSSI, *op. cit.*

con riferimento al complesso aziendale che si intende ristrutturare al fine di soddisfare i creditori, il quale potrebbe coincidere anche con un solo ramo di azienda⁷⁹.

Perché al concordato misto possa essere applicata la disciplina di cui all'art. 186-*bis* l.f. è necessario fare riferimento al criterio della prevalenza dei flussi di cassa da destinare all'adempimento della proposta concordataria. Solo se i flussi finanziari da destinare al soddisfacimento dei creditori concordatari derivano in massima parte dai flussi prodotti dalla continuità aziendale, piuttosto che dalle più limitate risorse ottenute attraverso la cessione di cespiti non strategici, il concordato andrà qualificato in continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-*bis* l.f..

La teoria della prevalenza ai fini di una corretta qualificazione della proposta concordataria assume notevole importanza anche in funzione alle modifiche introdotte alla legge fallimentare dal D.L. n. 83 del 2015 in tema di percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari nel caso di concordato liquidatorio.

Risulterebbe infatti del tutto irragionevole il rispetto di detta percentuale (pari al 20%) nel caso in cui la componente liquidatoria assuma un ruolo marginale e la proposta si fondi invece principalmente sulla prosecuzione dell'attività produttiva⁸⁰.

Dubbio resta se le norme specificamente previste per il concordato con continuità aziendale siano applicabili solamente con riferimento a quelle operazioni che nel piano risultino programmate nella prospettiva della continuità aziendale; ovvero anche a quelle mediante le quali si persegue una complessiva finalità liquidatoria.

Essendo la liquidazione di singoli “*beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*” normata dall'art. 186-*bis* l.f., in ragione della rilevanza comunque assorbente da riconoscersi ai profili di continuità, è evidente che il concordato, in tal caso, rileverebbe unitariamente come “con continuità aziendale”, arretrando la nozione di concordato misto ad una funzione meramente descrittiva, non normativa.

6. L'esecuzione del concordato preventivo

Con il decreto di omologazione del concordato preventivo, il quale conclude l'intera procedura concordataria, si apre la fase dell'esecuzione del concordato.

Il concordato preventivo con continuità aziendale soggiace, per quanto riguarda la sua esecuzione, alla disciplina comune del concordato preventivo, in quanto la disciplina speciale

⁷⁹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013.

⁸⁰ Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*

dedicata all'istituto oggetto del presente lavoro non detta specifiche disposizioni atte a regolamentarne l'esecuzione⁸¹.

L'art. 185 l.f. contiene le principali indicazioni normative relative all'esecuzione del concordato preventivo. Esso stabilisce la permanenza in carica del commissario giudiziale e del giudice delegato, con funzioni di sorveglianza sul corretto adempimento del concordato e attribuisce al tribunale il potere di dettare modalità di adempimento dello stesso.

La fase esecutiva è sottoposta, pertanto, alla soggezione alla sorveglianza del giudice delegato e del commissario giudiziale e al rispetto del contenuto previsto nel piano e di quanto disposto nel decreto di omologazione da parte del tribunale⁸².

È controversa la necessità della nomina del liquidatore giudiziale nel caso del concordato in continuità che preveda l'alienazione di beni non strumentali alla continuazione dell'attività d'impresa. Secondo un orientamento della giurisprudenza⁸³, nella figura di concordato in esame, proprio per l'assenza di una previsione normativa in relazione all'esecuzione, anche quando questo abbia ad oggetto la liquidazione di cespiti patrimoniali, non sarebbe necessaria la nomina di un liquidatore giudiziale e la prosecuzione dell'attività, anche per le operazioni di liquidazione, resterebbe in capo all'organo amministrativo, pur sotto il controllo degli organi della procedura (commissario giudiziale e giudice delegato), i quali devono vigilare affinché gli amministratori non compiano operazioni straordinarie che il piano concordatario non ha previsto. Contrariamente, è stato osservato che sarebbe possibile l'applicabilità congiunta di discipline diverse e, in particolare, dell'art. 182 l.f., che fornisce indicazioni in ordine alle modalità di liquidazione del patrimonio, e di tutte le norme ivi richiamate, ad ogni concordato che comunque prevede nella fase attuativa l'alienazione di *assets* facenti parte dell'attivo concordatario, in coerenza con l'esigenza di assicurare un controllo giurisdizionale sul momento esecutivo del concordato⁸⁴. Aderendo a questa opzione, è possibile la nomina del liquidatore qualora vi sia un attivo da alienare o, comunque, anche soltanto diritti da realizzare, con conseguente necessità anche della nomina del comitato dei creditori.

Ma la regolazione della fase esecutiva è affidata, soprattutto, al piano concordatario, il quale riporta le linee direttive cui attenersi per eseguire il concordato e illustra dettagliatamente le modalità attraverso le quali la proposta deve essere adempiuta. Ad esso il debitore deve attenersi nell'esecuzione del concordato, in modo da ridurre al minimo i margini di indeterminatezza in tale fase⁸⁵.

⁸¹ G.B. NARDECCHIA, Commento all'art. 186-bis l.f., in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2015, p. 2338

⁸² C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 505 ss.

⁸³ Trib. Chieti, 15 ottobre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Nola, 23 settembre 2014, in www.ilcaso.it

⁸⁴ D. GALLETTI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, in www.unijuris.it

⁸⁵ F. ROLFI e R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 104

In relazione al concordato in continuità, si è affermato che, una volta ottenuta l'omologa, nei concordati con continuità diretta è lo stesso debitore a detenere la direzione e il controllo della sua attività imprenditoriale, operando nel rispetto del piano. Conseguentemente gli atti ordinari e straordinari eseguiti nel rispetto del piano non necessitano di essere autorizzati dal tribunale, mentre gli atti che se ne discostino, divergendo dalla proposta che i creditori hanno approvato, non sono passibili di autorizzazione⁸⁶. In tale fase, il ruolo del tribunale è limitato al controllo, mediante il commissario giudiziale, sulla gestione svolta dall'organo amministrativo. Egli non possiede, pertanto, poteri autorizzativi⁸⁷. Al tribunale è affidato il compito di controllare che il concordato sia effettivamente adempiuto e che non siano commesse violazioni di legge atte a disporre l'annullamento⁸⁸. Quello svolto dal tribunale è, pertanto, un controllo di fattibilità nella fase che segue il decreto di omologa⁸⁹.

Le indicazioni dettagliate richieste nella predisposizione del piano, relative all'esecuzione del concordato, agevolano l'attività di supervisione svolta dal tribunale nell'intercettazione di eventuali scostamenti tra quanto in esso previsto e quanto effettivamente praticato.

Tali disallineamenti possono essere dovuti all'incapacità del debitore di eseguire efficacemente il piano, oppure derivare da mutamenti intervenuti nelle condizioni di mercato nel corso della fase esecutiva.

In quest'ultimo caso potrebbe essere necessario modificare il piano. Tali modifiche sono possibili, però, solamente se approvate da tutti i creditori ancora insoddisfatti o, alternativamente, con il deposito di un nuovo ricorso basato su un nuovo piano predisposto tenendo conto dei mutamenti intervenuti nel mercato in cui l'impresa opera⁹⁰.

7. La revoca dell'ammissione

Se nel corso della procedura l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, l'art. 186-bis, ultimo comma, l.f. prevede che il tribunale debba provvedere ai sensi dell'art. 173 l.f., ossia disponendo la revoca dell'ammissione.

Parte della dottrina ha ritenuto che le ipotesi di revoca suddette, rispecchiando i caratteri tipici del concordato con continuità aziendale, ossia la continuazione dell'impresa e la funzionalità di tale continuazione al miglior soddisfacimento dei creditori⁹¹, potevano essere dedotte in via

⁸⁶ Trib. Padova, 11 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*

⁸⁷ Trib. Monza, 13 febbraio 2015; Trib. Padova, 16 luglio 2015; entrambe in *www.ilcaso.it*.

⁸⁸ C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014

⁸⁹ F. ROLFI e R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, 105

⁹⁰ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*

⁹¹ G.B. NARDECCHIA, Commento all'art. 186-bis l.f., in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2015, p. 2338 ss

interpretativa dall'art. 173 l.f., quali casi di carenza delle condizioni di ammissibilità⁹². Altri, ritenendo che la qualificazione del concordato come "in continuità" non è di per sé un requisito di accesso alla procedura ma solo la condizione che permette di usufruire dei benefici previsti dalla legge per il debitore che si trovi nell'ambito di tale specifica procedura, hanno ritenuto che non si possa far rientrare tale ipotesi nell'ambito delle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 173 l.f.

Partendo dal presupposto che l'interesse principale da perseguire nelle procedure concorsuali è l'ottimale soddisfacimento dei creditori, si deduce che l'interesse di conservare le strutture produttive sia subordinato a quello di soddisfare il ceto creditorio e che di conseguenza la continuità aziendale non possa essere perseguita se reca danno ai creditori stessi.⁹³

Non è sufficiente, però, che l'attività aziendale sia inutile o non ottimale o potenzialmente dannosa⁹⁴, poiché il tribunale deve essere certo che la stessa provochi ai creditori un danno maggiore di quello derivante dalla liquidazione dell'attività⁹⁵.

Secondo una parte della dottrina, la norma, così interpretata, prevedrebbe un penetrante controllo giudiziale di merito, che sopravanza gli stessi creditori, attraverso l'attivazione officiosa del meccanismo di revoca dell'intero concordato, mentre il richiamo espresso all'art. 173 e non anche dell'art. 179, co. 2, sembra escludere dal raggio di azione di questo controllo il ceto creditorio, rimettendolo al rapporto dialettico processuale tra il commissario giudiziale e il tribunale, come avviene per tutte le forme di revoca dell'ammissione del concordato⁹⁶.

La norma in ogni caso concede al debitore un'ultima possibilità di modificare la proposta di concordato, comunque prima delle operazioni di voto, nel caso in cui il tribunale, accertata la manifesta dannosità, intenda procedere alla revoca dell'ammissione al concordato, sempre entro il deposito del provvedimento di revoca. In questo caso ovviamente si richiede il deposito di una nuova relazione ai sensi dell'art. 161 l.f. che contenga le variazioni intervenute.

⁹² A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Commento per articoli, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2014, 572.

⁹³ G.B. NARDECCHIA e R. RANALLI, *Commento all'art. 186-bis*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2014, p. 2312

⁹⁴ F. ROLFI e R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, 99

⁹⁵ A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013.

⁹⁶ R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in www.ilfallimentarista.it. In giurisprudenza: Trib. Firenze 7 agosto 2013, in www.ilcaso.it, riscontrato tramite l'ausiliario nominato che l'impresa in concordato stava producendo perdite non recuperabili e quindi l'impossibilità del percorso di risanamento, ha dichiarato inammissibile il concordato in relazione all'omessa esposizione della situazione nei prospetti informativi periodici depositati dall'impresa; Trib. Novara 18 marzo 2013, in www.ilcaso.it, dopo avere dato atto del sostanziale venir meno delle prospettive legate alla prosecuzione dell'attività, ha poi concesso termine al debitore per depositare una integrazione basata su ipotesi di cessione a terzi dell'attivo.

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEL PIANO CONCORDATARIO

1. Il nucleo sostanziale della proposta: il piano di concordato - 2. I finanziamenti concessi all'impresa in crisi e il sistema delle prededuzioni – 3. Il miglior soddisfacimento dei creditori e il ruolo del professionista attestatore - 4. La moratoria del pagamento dei creditori privilegiati

1. Il nucleo sostanziale della proposta: il piano di concordato

A norma dell'art. 161, co. 2, lettera e), l.f. unitamente alla domanda di concordato dovrà essere depositato, oltre ai documenti di cui alle lettere a-d, *“un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”*⁹⁷.

Il piano di concordato costituisce, pertanto, lo strumento per la realizzazione della proposta, contenendo la programmazione di quegli interventi la cui esecuzione, una volta intervenuta l'omologazione, consente la concretizzazione di quanto contenuto nella proposta stessa⁹⁸.

La descrizione delle modalità e dei tempi dell'adempimento sottostà ad ulteriori prescrizioni *ad hoc*, nel caso in cui il piano preveda che la soddisfazione dei creditori dovrà realizzarsi impiegando flussi di cassa provenienti dalla prosecuzione dell'attività di impresa (redditi futuri) e cioè quando si tratti di un concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis* l.f.)⁹⁹.

La preoccupazione per l'aggravio del disavanzo che può comportare la prosecuzione dell'attività ha suggerito, quindi, al legislatore di stabilire un'integrazione della documentazione che deve corredare la domanda di concordato¹⁰⁰.

Il comma 2, lett. a) dell'art. 186-*bis*, specifica le caratteristiche che deve presentare il piano dell'art. 161, co. 2, lett. e) l.f., il quale oltre a spiegare come si intende perseguire il risanamento della situazione debitoria e il recupero di una situazione di equilibrio finanziario (186-*bis*, co. 2, lett. a), l.f.), stabilisce anche che si debba prevedere un'analisi contenente costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, le fonti finanziarie necessarie e

⁹⁷ E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”*: legge fallimentare e bankruptcycode a confronto, in *Riv. Dir. Proc.*, 2/2013, p. 426 ss.

⁹⁸ V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. Fall.*, 6/2014, p. 806 ss; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, in *Il Civilista*, 2012.

⁹⁹ G. TERRANOVA, *Il concordato con “continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 1 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con “continuità aziendale” nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 482 ss; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 673 ss.

¹⁰⁰ G.B. NARDECCHIA, *Commento all'art. 186-*bis* l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 2330 ss.

le relative modalità di reperimento, per tutto il periodo previsto dal piano (ossia quello rilevante per i creditori).

In particolare, è necessario che il piano risponda a quattro requisiti: che sia credibile, con esposizione di obiettivi raggiungibili; sostenibile, sotto il profilo della gestione finanziaria ed imprenditoriale degli obiettivi; verificabile, con indicazione del dettaglio dei fattori determinanti dei ricavi e dei costi in modo tale che siano comprensibili le variazioni, anche in termini di migliori *performances*, rispetto agli anni precedenti; motivato, con esatta e chiara specificazione delle azioni che permettano il raggiungimento degli obiettivi fissati¹⁰¹.

Occorre, dunque, predisporre un piano industriale che contempli la prosecuzione dell'attività per un intervallo temporale che consenta di svolgere previsioni ragionevoli, funzionale all'acquisizione delle risorse necessarie¹⁰².

In mancanza dell'analitica indicazione dei ricavi e costi attesi difettano i presupposti per qualificare un concordato in continuità¹⁰³.

La richiesta di contenuti aggiuntivi rispetto ad un concordato liquidatorio, si giustifica nella maggiore rischio intrinseca per i creditori nella fattispecie di continuità aziendale, in quanto quest'ultima si deve poggiare su stime di flussi futuri di cassa e di redditività. La relativa aleatorietà richiede una maggiore analiticità del piano concordatario, per garantire una migliore affidabilità dei dati inseriti a tutela del ceto creditorio.

Per quanto concerne il concreto contenuto del piano in termini di “*costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa*” di cui parla la norma in commento, risulta quindi necessario che il piano di concordato includa un'analisi aziendalistica contenente un *business plan* completo di piano industriale, definizione della strategia aziendale, analisi del settore e della competitività dell'impresa e di tutte le azioni che s'intendono intraprendere per riportare l'azienda alla creazione di flussi di cassa positivi¹⁰⁴. Dovranno essere inclusi gli schemi economico-finanziari e le assunzioni di base che evidenzino l'evoluzione della gestione dalla situazione di partenza alla creazione dei flussi futuri. I dati economici e finanziari dovranno essere accompagnati da specifici commenti che ne consentano la valutazione in termini di coerenza complessiva e attendibilità della proposta¹⁰⁵.

Ai conti economici previsionali devono essere affiancati i relativi quadri di tesoreria e la descrizione delle fonti di finanziamento che si intendono utilizzare, per consentire

¹⁰¹ G. COVINO e L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁰² M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna 2014.

¹⁰³ Trib. Milano 30 maggio 2013, in www.ilfallimentarista.it

¹⁰⁴ G.B. NARDECCHIA, *Commento all'art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013

¹⁰⁵ F. ROLFI e R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, 28.

all'attestatore e ai creditori di valutarne l'effettiva possibilità di realizzazione e quindi la bontà della proposta. La rappresentazione dell'evoluzione della situazione patrimoniale dell'impresa risulta indispensabile soprattutto nei casi in cui si ritenga di offrire al ceto creditorio la soddisfazione dei propri diritti attraverso l'accesso a strumenti finanziari partecipativi o l'assegnazione di azioni.

Nel caso di istanza di concordato in continuità c.d. indiretta, cioè ove vi sia un soggetto terzo che intende proseguire l'attività, la richiesta di informazioni sarà ancora maggiore. Il contenuto del piano, infatti, dovrà dimostrare che i risultati del terzo coinvolto siano in grado di rendere fattibile la proposta.

Per esempio, se si tratta di affitto d'azienda, con susseguente cessione dell'azienda in esercizio ad un affittuario, si dovrà dimostrare che i canoni di affitto e il prezzo di cessione siano congrui, ma anche la solvibilità dell'affittuario. Se si condizionano i canoni ai risultati della gestione, si dovrà produrre anche una stima dell'andamento futuro dell'impresa¹⁰⁶.

Nel caso di cessione o conferimento dell'azienda, ove si preveda un pagamento immediato o garantito, il piano può includere l'analisi dell'andamento dell'impresa solo fino al totale trasferimento della stessa. Se invece i flussi per il pagamento del prezzo dipendono dall'andamento della gestione, o dalla dismissione della partecipazione nella società conferitaria, il piano deve contenere le stime sulla gestione e sul valore futuro della società conferitaria¹⁰⁷.

Anche la durata temporale su cui si deve basare il piano costituisce un elemento fondamentale. L'art. 161 l.f. richiede l'indicazione dei tempi di adempimento della proposta, senza stabilire limiti di sorta. È logico dedurre che il piano debba estendersi almeno per il tempo necessario al recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e al soddisfacimento dei creditori. La durata del piano deve in ogni caso consentire al professionista di poter esprimere un giudizio di fattibilità¹⁰⁸. Da questo punto di vista, la prassi della teoria aziendalistica ritiene che la durata di un piano, per rispettare le effettive capacità di previsione, non debba superare i tre o cinque anni, estendibili a sette in particolari situazioni di *business*¹⁰⁹.

La giurisprudenza, rifacendosi a tali principi, ritiene generalmente accettabile una durata massima di cinque anni. Indicazioni diverse devono essere giustificate dal debitore che deve anche adottare misure atte a mitigare possibili rischi di eventi sfavorevoli. Il limite massimo

¹⁰⁶ Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in www.ilcaso.it

¹⁰⁷ G.B. NARDECCHIA, Commento all'art. 186-bis l.f., in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 2292; Trib. Roma, 24 marzo 2015, in www.ilcaso.it

¹⁰⁸ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1222.

¹⁰⁹ A. BORELLO, *Il business plan*, Milano, 2012

di durata del piano deve essere indicato principalmente per permettere ai creditori di valutare la propria convenienza economica ad accettare la proposta¹¹⁰.

2. I finanziamenti concessi all'impresa in crisi e il sistema delle prededuzioni

La necessità di esplicitare, all'interno del piano di concordato, il fabbisogno finanziario dell'impresa e le relative modalità di copertura, apre al tema dei finanziamenti all'impresa in crisi.

L'impresa che si trovi in crisi e che stia tentando una composizione della stessa attraverso una procedura di concordato preventivo, può avvertire la necessità di ricorrere a nuovi, e spesso urgenti, finanziamenti, pur nella consapevolezza che questa “nuova finanza” andrà ad aggravare ulteriormente il suo indebitamento¹¹¹.

Tale esigenza si può manifestare in momenti e per finalità diverse:

- può sorgere già prima dell'accesso alla procedura, per fronteggiare i costi necessari all'accesso stesso¹¹² ed eventualmente per mantenere, nel frattempo, in esercizio l'impresa¹¹³.

Si parla in questi casi, anche, di “finanziamenti ponte”;

- può emergere dopo l'ammissione alla procedura, durante il suo svolgimento. E ciò, ancora, per reperire la liquidità con cui effettuare i pagamenti necessari a preservare la continuità aziendale o il valore dei beni da liquidare; oppure per sostenere i costi di ulteriori incarichi di consulenza, necessari alla prosecuzione della procedura;

- e può riferirsi, infine, alla fase che si aprirà dopo la chiusura della procedura, allorché si tratterà di eseguire il piano omologato. E potrebbe essere proprio tale piano, già approvato dai creditori, ad aver previsto nuova finanza.

Tutte queste esigenze finanziarie dell'impresa si scontrano con un problema fondamentale: quello di assicurare chi si senta chiamato ad erogare nuovi prestiti ad un'impresa in crisi, di fronte al rischio che, una volta chiusa la procedura, non si sarà riusciti a superare la crisi o ad eseguire il piano omologato, con sua successiva risoluzione; e che, conseguentemente, l'impresa finanziata fallisca.

¹¹⁰ Trib. Monza, 11 giugno 2013, in www.ilcaso.it, secondo il quale non può reputarsi conveniente per i creditori “una prospettiva di pagamento che supera i termini di una normale liquidazione, perché una simile soluzione stravolge il principio dell'equo bilanciamento tra le ragioni di tutela della continuità dell'impresa ed il sacrificio esigibile dai creditori, dal momento che il costo del salvataggio dell'impresa verrebbe, in tal modo, riversato integralmente a carico della massa dei creditori dell'impresa stessa...non si realizzerebbe, in concreto, il rapporto sinallagmatico peculiare della procedura di concordato tra soddisfacimento...dei creditori, da un lato, e risoluzione della crisi con esdebitazione dell'imprenditore, dall'altro. E ciò determinerebbe il venir meno della causa concreta della proposta rendendo la stessa inidonea all'ammissione ed alla successiva omologa”.

¹¹¹ M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 187 ss.

¹¹² Ad esempio per pagare i consulenti che ne valutino la percorribilità e preparino un piano fattibile.

¹¹³ Ad esempio per pagare fornitori e lavoratori, onde evitare che interrompano l'erogazione delle loro prestazioni.

Ciò dissuaderebbe la maggior parte dei possibili finanziatori o li indurrebbe a chiedere interessi assai elevati per remunerare l'alto rischio di insolvenza del finanziato, deprimendo oltremodo la possibilità, per l'impresa in crisi, di avviare o completare il suo percorso concordatario.

Ecco allora che la legge, proprio per incentivare i possibili erogatori di “nuova finanza”, accorda ai crediti che ne derivano, a certe condizioni, il rango della prededucibilità (art. 111 l.f.) in caso di successivo fallimento¹¹⁴.

Ogni nuovo finanziatore saprà così che, nel caso in cui venisse poi dichiarato il fallimento del debitore, il suo credito troverà nell'ambito del passivo fallimentare una collocazione che garantirà, se non la soddisfazione piena, certamente un trattamento migliore di quello riservato ai creditori concorsuali. I nuovi finanziatori potranno anche chiedere che i loro crediti vengano garantiti da pegno o ipoteca.

Dei finanziamenti concessi all'impresa in funzione (prima) e in esecuzione (dopo) della procedura di concordato preventivo si occupa l'art. 182-*quater* l.f.

Per quelli erogati dopo, in esecuzione di un piano omologato, la prededucibilità in caso di successivo fallimento è di ovvia giustificazione: il piano sottoposto all'approvazione dei creditori già programmava, per la sua esecuzione, l'erogazione di nuovi finanziamenti; dunque i creditori, votandolo, ne avranno senz'altro condiviso l'opportunità ed accettato il rischio. Solo occorrerà che tali finanziamenti siano stati previsti dal piano con un sufficiente grado di chiarezza ed analiticità¹¹⁵.

Quanto invece ai finanziamenti che siano stati concessi prima, e in particolare “*in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura*” (art. 182-*quater*, co. 2, l.f.), c.d. “finanziamenti-ponte”, essi non vengono preventivamente condivisi o approvati dai creditori concordatari; ma saranno stati, piuttosto, negoziati e poi erogati ancora prima dell'accesso alla procedura. Con il rischio di un vero e proprio abuso e di un ricorso al credito

¹¹⁴ In tema di nuova finanza e prededuzione, anche prima dell'introduzione dell'art. 182-*quater* nel 2010, e dell'art. 182 *quinquies* nel 2012: L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 ss.; M. SCIUTO, *I finanziamenti dei soci nell'art. 2467 c.c. e nell'art. 182-*quater* l.fall.*, in *Dir.Banca e Merc.Fin.*, 2011, p. 54 ss.; F. NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-*quater* l.fall.*, in *Riv.Dir.Soc.*, 2011, III, p. 434; A. DENTAMARO, *I finanziamenti dei soci nell'art. 182-*quater*, e nell'art. 182-*quinquies*, primo comma, l.f.*, in *Riv.Dir.Comm.*, 2014, p. 541 ss.; F. BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell'art. 182-*quinquies*, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir.Fall.*, 2015, I, p. 1 ss.; F. ACCETTELLA, *I finanziamenti alle imprese in regime di (pre)concordato dopo la legge n. 132/2015*, in *Dir.Fall.*, 2016, I, p. 50; M. SCIUTO, *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi*, in *Dir.Banca e Merc.Fin.*, 2016, p. 128 ss.; G.B. NARDECCHIA, *I finanziamenti prededucibili di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall.*, in *Fall.*, 2016, p. 1105 ss.

¹¹⁵ Cass. 9-9-2016, n. 17911; per un'interpretazione più lasca Cass. 10-1-2018, n. 380, ammettendo la prededuzione dei crediti nascenti da nuovi contratti che, pur se non espressamente contemplati nel piano concordatario, siano stipulati dal debitore, in corso di esecuzione del concordato preventivo omologato, ai fini del raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano medesimo e dell'adempimento della proposta.

che non risulta oggettivamente giustificato dalle esigenze connesse alla presentazione della domanda. Saranno prededucibili, quindi, solamente quei finanziamenti ottenuti prima dell'ammissione alla procedura che siano stati rappresentati all'interno del piano concordatario presentato e che siano poi stati espressamente riconosciuti come prededucibili nel provvedimento con il quale il tribunale, valutato il piano e l'effettiva funzionalità dei finanziamenti alla presentazione della domanda di concordato, accoglie la domanda di ammissione al concordato.

I titolari dei crediti derivanti dai suddetti finanziamenti non saranno ammessi al voto, né computati nelle maggioranze medesime.

Un regime speciale non può non contraddistinguere i nuovi finanziamenti concessi dai soci della stessa società coinvolta nella procedura, ovvero, se essa faccia parte di un gruppo di società, quelli "infragruppo", concessi cioè dalla società che esercita il potere di direzione e coordinamento o da altre società sottoposte a quest'ultima. Tali crediti sono già contemplati dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., i quali ne dispongono la postergazione rispetto agli altri crediti verso la società.

È evidente che fra il normale rango postergato previsto in via generale per tali crediti, e quello prededucibile al quale i medesimi crediti verrebbero collocati in ambito fallimentare, un coordinamento si impone. Ad esso provvede allora l'art. 182-*quater*, co. 3: tali crediti saranno, in deroga alle norme codicistiche, prededucibili all'80% e postergati al 20% del loro ammontare. La ragione di una tale scelta normativa è quella di incentivare i soci, o le altre società del gruppo, a sovvenire l'impresa in difficoltà, cosa che essi si guarderebbero bene dal fare se, invece, andassero incontro ad un regime di piena postergazione. Dall'altro lato, poiché secondo la *ratio* sottesa alla normativa civilistica sarebbe comunque congruo, piuttosto, che i soci accettassero un rischio maggiore di quello dei creditori "esterni", la norma ora in discorso intende, per così dire, responsabilizzarli. Si vuole cioè evitare l'"azzardo morale" di chi, conoscendo le potenzialità dell'impresa cui partecipa, avendo comunque un potere di orientarne la decisione, e non avendo quasi più nulla da perdere, sarebbe altrimenti tentato di effettuare nuovi finanziamenti per salvare l'impresa, anche a costo di un significativo rischio di aggravarne il dissesto, visto che tanto, nel peggiore dei casi, avrebbe buone possibilità di recuperare il proprio finanziamento nell'ambito di un successivo fallimento. Ecco allora che, per almeno il 20% postergato, un tale finanziamento sarà messo a repentaglio.

Vi è, infine, la possibilità di contrarre nuovi finanziamenti “prededucibili” anche durante la procedura di concordato preventivo (c.d. finanziamenti interinali)¹¹⁶. E ciò anche quando l’ammissione alla procedura sia stata ottenuta sulla sola base di un ricorso presentato ai sensi dell’art. 161, co. 6: prima ancora, cioè, del deposito di un piano e della documentazione che obbligatoriamente deve corredarlo.

La materia della nuova finanza erogata in corso di procedura ha trovato una disciplina ad hoc nell’art. 182-*quinquies* l.f. (introdotto soltanto nel 2012).

Il primo comma dell’art. 182-*quinquies* prevede che l’impresa sottoposta alla procedura potrà chiedere al tribunale (anche senza che ciò venga previsto nel piano, che anzi potrebbe non essere stato ancora redatto) di essere autorizzata a contrarre nuovi finanziamenti (con l’effetto della prededucibilità dei crediti che ne derivano), se questi risultino “*funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*”, tenuto conto del “*complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa sino all’omologazione*”. Profili, questi, che dovranno costituire oggetto di un’apposita attestazione professionale depositata dal debitore richiedente¹¹⁷.

Una tale autorizzazione potrebbe inoltre essere richiesta, e concessa dal tribunale, anche in via preventiva, “*per tipologia ed entità*” di finanziamenti ancora non stipulati.

Molto più facilmente il debitore potrà avviare e condurre le trattative, se la controparte già possa confidare, in caso di erogazione di un finanziamento rientrante nella tipologia e nei limiti autorizzati, sulla prededucibilità del credito al relativo rimborso, in caso di successivo fallimento del debitore.

I finanziamenti interinali appena descritti manifestano indubbiamente un certo carattere di urgenza. Ma l’articolo in questione prevede anche, al terzo comma, la possibilità che venga richiesta un’autorizzazione a contrarre finanziamenti per così dire “urgentissimi”, ai soli fini della continuità aziendale, e limitatamente alla sola fase di “pre-concordato”: e cioè da parte del debitore che abbia presentato una domanda, “in bianco”, di ammissione al concordato preventivo. Si tratterà in questo caso di sopperire ad esigenze finanziarie a breve scadenza ed indifferibili ai fini della continuità aziendale: ed infatti indicate dalla legge come “*funzionali a urgenti necessità relative all’esercizio dell’attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell’art. 161, sesto comma*” e descritte dallo stesso debitore come assolutamente indispensabili.

¹¹⁶ G.B. NARDECCHIA, Commento all’art. 186-bis l.f., in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 2265 ss; M. TERENGHI, “Finanza esterna”, *ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fall.*, 3/2019, p. 377 ss.

¹¹⁷ La richiesta assumerà la forma di ricorso, ed il professionista, come previsto anche per altri passaggi della procedura, dovrà essere in possesso dei requisiti previsti dall’art. 67, co. 3, lett. d).

Si tratta quindi di finanziamenti ritenuti indifferibili e di grande urgenza, il che giustifica la scelta normativa di non imporre, in questa fase, neppure l'attestazione di un professionista. Solamente, infatti, si richiederà al debitore di "specificare" la destinazione dei finanziamenti, di dichiarare che non è in grado di reperire altrimenti le relative somme e che, in loro assenza, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. In una situazione di tale urgenza, si costringe il tribunale, chiamato a decidere sull'autorizzazione entro soli dieci giorni, ad una valutazione per molti aspetti "al buio", anche quanto alla valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori. Il che, però, non necessariamente rappresenta un vantaggio per il debitore, che corre il rischio che, una volta che fosse negata l'autorizzazione, ciò potrebbe essere la premessa perché il tribunale (o l'attestatore) disconosca ogni ulteriore prospettiva di continuità aziendale, e quindi di fattibilità di un concordato in continuità: infatti, sarebbe stato lo stesso debitore a dichiarare, quasi confessorialmente, che senza i finanziamenti per i quali aveva chiesto l'autorizzazione, l'azienda avrebbe oramai subito un pregiudizio irreparabile.

3. Il miglior soddisfacimento dei creditori e il ruolo del professionista attestatore

Il D.L. 83/2012 pone in primo piano il ruolo del professionista¹¹⁸, al quale viene sempre più assegnato un ruolo in un certo qual senso pubblicistico per le responsabilità che gli vengono attribuite, sottolineate anche dall'inasprimento del regime sanzionatorio della responsabilità dell'attestatore, riqualficandone il profilo penalistico, anche con riferimento ad eventuali comportamenti omissivi¹¹⁹.

L'art. 236-*bis* l.f. prevede, infatti, una nuova fattispecie di reato, il falso in attestazioni e relazioni, rivolta al professionista, designato dal debitore, che nel corso delle relazioni di cui agli artt. 67, co. 3, lett. d), 161, co. 3, 182-*bis*, 182-*quinqüies* e 186-*bis*, della legge fallimentare, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti; un aumento della pena è previsto per i casi in cui il professionista al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri ovvero se tali comportamenti cagionino danno ai creditori, adotti tali condotte.

Detta previsione comporta il rafforzamento del ruolo del professionista indipendente, grazie alla responsabilizzazione del medesimo, nel quadro di una concezione volta a superare l'impostazione tradizionale delle disposizioni penali nella materia fallimentare, in favore di

¹¹⁸ G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 5/2012, p. 484.

¹¹⁹ G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, p. 1335 ss.

fattispecie funzionali a garantire la soluzione concordata della crisi d'impresa, ma presidiate da misure idonee a garantirne la correttezza¹²⁰.

L'art. 186-bis l.f. nel rafforzare ed espandere il ruolo del professionista, nominato nel rispetto dell'art. 67, ed allo scopo di tutelare l'interesse dei creditori, ha stabilito, alla lett. b) del secondo comma, che il professionista “*deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*”¹²¹. Egli, nella relazione di cui all'art. 161, co. 3, l.f., che deve sempre accompagnare il piano, deve, pertanto, dimostrare che proseguendo l'attività d'impresa si potrà raggiungere una soluzione concordataria migliore di quanto si sarebbe potuto offrire ai creditori senza la prosecuzione della stessa, e comunque preferibile a quanto verosimilmente si otterrebbe all'esito di una procedura fallimentare¹²².

Il professionista è inoltre chiamato ad intervenire, con attestazioni analoghe, anche in altre circostanze, come quella in cui il debitore richieda l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (art. 182-*quinquies*, co. 1) o a pagare crediti anteriori di fornitori le cui prestazioni sono ritenute essenziali alla prosecuzione dell'impresa (art. 182-*quinquies*, co. 4).

Alla clausola del “*miglior soddisfacimento dei creditori*” pare possa riconoscersi portata più ampia e generale di quella *prima facie* riconducibile agli ambiti precettistici in cui essa si colloca, al punto da poterla assumere a criterio ispiratore di delibazioni anche importanti, per l'esercizio delle quali mancano espliciti criteri normativi, come, ad esempio, quelle autorizzative degli atti di straordinaria amministrazione (art. 161, co. 7, l.f.), dell'eventuale scioglimento dei contratti pendenti (art. 169-*bis* l.f.); ma anche di fondamentali scelte strategiche, ed ispiratrici della gestione della procedura, potendo, essa, applicarsi a mo' di “clausola generale”, e prevalente rispetto ad altri principi, come quelli che tutelano la continuazione dell'attività d'impresa e la salvaguardia delle strutture produttive e dei livelli occupazionali¹²³ e riaffermando, rispetto a tali principi, la centralità della più tradizionale componente della *ratio* concorsualistica, quella, appunto, del (miglior) soddisfacimento dei creditori¹²⁴.

In tutte le norme sopra richiamate, il “miglior soddisfacimento dei creditori” si pone come un necessario presupposto, o preconditione, del maggiore o nuovo rischio, rispetto allo *status*

¹²⁰ F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, p. 1116.

¹²¹ R. TIZZANO, *L'indeterminatezza del giudizio di miglioria e l'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l. fall.*, in *Fall.*, 2/2014, p. 137 ss.

¹²² G.B. NARDECCHIA, *Commento all'art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015.

¹²³ A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, p. 1099 ss.

¹²⁴ Nella relazione governativa al disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 83/2012 si legge che “*la continuità aziendale non è un valore in sé, ma soltanto in quanto strumentale alla soddisfazione nell'interesse del ceto creditorio*”.

quo, che è in facoltà dei creditori di assumersi, come nel concordato con continuità, la cui proposta essi potranno votare dopo che il tribunale ne avrà vagliato la sussistenza attraverso l'attestazione di cui al secondo comma, lett. b), dell'art. 186-*bis* l.f., ovvero che il tribunale può ad essi imporre, autorizzando la prededucibilità della nuova finanza (art. 182-*quinqüies*, co. 1) e degradando la loro posizione creditoria o, ancora, autorizzando i pagamenti eccezionali di cui all'art. 182-*quinqüies*, co. 4, imponendo il superamento della *par condicio creditorum* a vantaggio di particolari creditori fornitori di beni o servizi ritenuti essenziali¹²⁵.

Venendo al ruolo concreto del professionista nell'accertare la precondizione di “*miglior soddisfacimento dei creditori*”, si può affermare che essa implica la comparazione di alternative che non sono, però, specificate dalla legge, come non lo sono le variabili che devono essere contemplate per effettuarla¹²⁶.

Va scartata l'ipotesi che la valutazione comparativa richiesta dall'art. 186-*bis*, co. 2, lett. b) l.f. debba contemplare ogni e possibile alternativa, per ogni e possibile variabile, o modalità, in cui il soddisfacimento dei creditori possa operarsi. Una siffatta visione si porrebbe in contrasto con la natura stessa delle cose aziendali: nessun imprenditore, nessuno dei professionisti che eventualmente lo assistano, così come, nessun attestatore, potrebbe mai essere sicuro di aver esplorato tutte le alternativa praticabili.

L'accertamento che il professionista deve effettuare implica una verifica dell'idoneità del concordato con continuità a consentire percentuali di realizzo più favorevoli rispetto a quelle ipotizzabili all'esito della liquidazione atomistica in sede concordataria ovvero in sede fallimentare¹²⁷. La valutazione comparativa necessaria per stabilire quale sia il “miglior soddisfacimento” dei creditori, va quindi effettuata comparando la prospettiva del pagamento ai creditori in ipotesi di prosecuzione dell'impresa, come prospettata nel *business plan* della società che prosegue l'attività e come recepita nel piano concordatario, e quella del pagamento in caso di cessazione dell'attività, e quindi in un'ottica meramente liquidatoria¹²⁸.

Secondo la dottrina, il compito del professionista è complesso, ma non richiede che egli debba fornire prospettive assolutamente certe, ma solo indicare i dati che consentono di ritenere sussistente una ragionevole probabilità della funzionalità della prosecuzione dell'attività a garantire il miglior soddisfacimento dei creditori.¹²⁹ Anche la giurisprudenza ha osservato

¹²⁵ In questo senso, l'introduzione dell'art. 186-*bis* l.f. se, da un lato, rafforza l'importanza della salvaguardia dell'impresa in linea coi principi introdotti con la maxi riforma del 2006, dall'altro lato ribadisce che l'impianto della disciplina concorsualistica resta finalizzato al soddisfacimento dei creditori. Così A. PALETTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 240.

¹²⁶ A. PATTI, *Op. cit.*

¹²⁷ Trib. Milano, 30 maggio 2013, in www.ilcaso.it.

¹²⁸ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1222.

¹²⁹ Trib. Mantova 9 ottobre 2014, in www.ilcaso.it.

che tale attestazione, dovendosi basare su eventi futuri, non può non contemplare un certo margine di incertezza o aleatorietà. Tanto è vero che un attestatore che asseverasse la realizzabilità di un piano senza dubbio alcuno potrebbe essere considerata tendenziosa o non indipendente. L'asseveratore quindi deve valutare se le assunzioni adottate nel piano siano ragionevoli, in quanto i valori inseriti sono di per sé suscettibili di subire scostamenti per eventi futuri e non prevedibili.

Egli deve svolgere una valutazione adeguata e completa che, pur senza negare l'esistenza di margini di incertezza, dia contezza delle ragioni che fondano un giudizio di verosimiglianza in ordine al fatto che quell'evento possa in futuro realmente realizzarsi¹³⁰, spettando al professionista non solo attestare la veridicità dei dati aziendali, ma argomentare con puntualità e coerenza logica la convenienza del concordato per i creditori¹³¹.

Le verifiche di veridicità e fattibilità del professionista vanno condotte non solo sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica attuale, ma anche su quella prospettica riferita all'arco temporale entro il quale sarà adempiuta la proposta concordataria¹³².

Oltre ad un'indeterminatezza di natura oggettiva, come appena descritta, la norma di cui all'art. 186-bis, co. 2, lett. b), può rivelarsi afflitta, in date fattispecie, anche da una indeterminatezza di natura soggettiva e cioè rispetto a quali, o quanti, creditori, o crediti, la valutazione andrebbe effettuata¹³³.

Tali indeterminatezze ed incertezze comportano, per il professionista-attestatore, un'incontrollabilità pressoché assoluta del rischio professionale, dovuta alla difficoltà, per lo stesso, di dimostrare, in caso di contestazione (da parte del tribunale, dei creditori e persino del committente) la diligenza del proprio operato, il che assume maggiore gravità in considerazione del fatto che, a fronte del livello tendenzialmente crescente delle aspettative associate a tale tipo di incarico, attraverso il D.L. n. 83/2012 è stato, come già detto, inasprito il sistema sanzionatorio a suo carico.

Malgrado il dettato normativo possa indurre a concentrare in capo al professionista-attestatore ogni responsabilità sulla valutazione della sussistenza della preconditione in discorso, motivazioni di ordine logico e sistematico devono spingere a ritenere che la valutazione di "miglior soddisfacimento dei creditori" debba essere preventivamente operata, e quindi asserita, dall'imprenditore-debitore; mentre compete al professionista-attestatore l'onere di

¹³⁰ Trib. Roma 25 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, p. 748.

¹³¹ Trib. Roma 6 maggio 2013, in www.ilfallimentarista.it

¹³² L. ZOCCA, *L'attestazione nel concordato in continuità. Un quadro riassuntivo sui criteri che il professionista deve seguire*, in www.ilfallimentarista.it

¹³³ R. TIZZANO, *Op. cit.*

operarne la verifica, attraverso lo svolgimento di procedure di revisione, per poi comunicarla nell'ambito della relazione di cui all'art. 161, co. 3, l.f.

Se così non fosse, e se quindi si implicasse la figura del professionista-attestatore nel processo di formazione della proposta concordataria, se ne minaccerebbe la condizione di indipendenza, in contrasto non solo con un innegabile dato sistematico ma anche con l'altro pilastro dell'intervento normativo del 2012, tendente al rafforzamento dell'affidabilità della relazione attestativa, nel senso di obiettività di giudizio in ordine alle altre due attestazioni, di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano.

Il professionista-attestatore, dunque, è un revisore, cui compete:

- di attuare procedure di revisione sull'attività svolta dall'imprenditore-debitore per giungere ad asserire la sussistenza della preconditione di "miglior soddisfacimento dei creditori";
- di comunicare, attraverso la relazione attestativa, il giudizio professionale che egli si sarà formato sulla predetta asserzione.

4. La moratoria del pagamento dei creditori privilegiati

Sempre nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, il piano potrà anche contemplare il pagamento differito dei creditori privilegiati sino a un anno dall'eventuale omologazione del concordato, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni su cui sussiste la causa di prelazione (art. 186-bis, co. 2, lett. c) l.f.).

La possibilità di una soddisfazione non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca è già prevista dal secondo comma dell'art. 160 l.f., possibilità accordata "*purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*", purché ciò venga attestato da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d) l.f.

Pacifica è la possibilità di moratoria annuale per i creditori privilegiati, a condizione che il piano preveda la soddisfazione di questi creditori in misura non inferiore al valore del bene su cui insiste la prelazione e salva la retrocessione a chirografario della parte del credito privilegiato di cui non sia prevista la soddisfazione per incapienza del bene.

Quanto all'ipotesi di moratoria ultrannuale dei crediti privilegiati nel concordato in continuità, invece, esso rappresenta uno dei temi fra i più dibattuti degli ultimi anni in dottrina e in giurisprudenza in ragione delle molteplici interpretazioni possibili¹³⁴.

¹³⁴ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 agosto 2012, p. 23 ss.

La Suprema Corte, nella sentenza del 26 settembre 2014, n. 20388¹³⁵, sostiene che il contenuto precettivo dell'art. 186-*bis*, co. 2, lett. c) l.f. non osterebbe alla previsione di una dilazione superiore ad un anno dall'omologa, senza tuttavia esplicitarne le ragioni. Anche la dottrina prevalente è incline a consentire il superamento del termine annuale attraverso l'attribuzione del diritto di voto ai privilegiati riscadenzati oltre l'anno.

Una tale interpretazione, che ammette un pagamento dilazionato dei privilegiati oltre l'anno dall'omologa, si può spiegare in ragione del fatto che l'art. 186-*bis* l.f. operi ai soli fini della legittimazione al voto, senza dunque imporre alcun limite "sostanziale" alla dilazionabilità dei creditori prelazionari, sicché l'esclusione del diritto di voto nell'ipotesi di moratoria infrannuale implicherebbe, per necessità logica, l'attribuzione del diritto di voto nell'opposta ipotesi di moratoria ultrannuale e, dunque, l'ammissibilità di quest'ultima¹³⁶.

La maggioranza dei giudici di merito, al contrario, ha ritenuto trattarsi di un divieto e non già di un semplice limite che deve necessariamente essere rispettato tutte le volte in cui il debitore non abbia stipulato patti para-concordatari in deroga ad esso¹³⁷. In quest'ultimo caso non meno importante è poi l'aspetto relativo al momento in cui tali patti devono perfezionarsi, a seconda che li si consideri quali condizioni necessarie ai fini di ammissibilità, ovvero di omologabilità della domanda concordataria; in quest'ultima fattispecie la domanda dovrebbe ritenersi ammissibile in fase iniziale, salvo poi prendere atto della sua successiva irrealizzabilità per via della mancata stipulazione dei patti para-concordatari anteriormente all'udienza di omologazione¹³⁸.

Ad una prima lettura del secondo comma lett. c) dell'art. 186-*bis* l.f., si potrebbe essere portati a ritenere che esso ammetta sì la dilazione dei crediti prelatizi (stante la clausola di salvezza del disposto di cui all'art. 160, co. 2, l.f.), ma nel contempo ponga un limite a tale dilazione stabilendo che essa non possa protrarsi oltre l'anno dall'omologa.

¹³⁵ Cass. 26 settembre 2014, n. 20388, in *Fall.*, 3/2015, p. 273 ss, con nota di F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*.

¹³⁶ In linea con questa interpretazione S. AMBROSINI, *Il trattamento dei creditori privilegiati e il problema delle pretese erariali*, in F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli (dir.), in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Milano, 2014, p. 175; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, in *Fall.*, 2013, p. 1389; G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, p. 13. In giurisprudenza v. Trib. Bolzano 27 febbraio, 2013, in www.ilcaso.it e Trib. Terni 12 febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

¹³⁷ In tal senso, in giurisprudenza Trib. Monza, 26 settembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Padova 30 maggio 2013, in *Fall.*, 2014, 445. In dottrina v. G. BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della Legge Fallimentare*, in www.ilcaso.it, 18 aprile 2014, p. 27 ss; Trib. Marsala 5 febbraio 2014, in www.ilcaso.it

¹³⁸ In senso favorevole alla condizione di ammissibilità Trib. Rovigo 24 maggio 2016 e Trib. Ravenna 15 gennaio 2018, entrambe in www.ilcaso.it

Tale interpretazione non può essere condivisa¹³⁹, posto che delle due, l'una: o l'art. 186-*bis*, co. 2, lett. c) l.f. ha la funzione di limitare sul piano "sostanziale" il principio della dilazionabilità dei creditori prelazionari quale ricavabile dall'art. 160, co. 2, l.f.; o la norma in esame ha un'incidenza limitata al solo piano della legittimazione al voto dei prelazionari dilazionati, con piena salvezza del disposto dell'art. 160, co. 2, l.f. e, quindi, dell'ammissibilità di dilazioni anche superiori all'anno dall'omologazione.

Il Tribunale di Ravenna¹⁴⁰ è d'accordo con la seconda soluzione, nel senso che il legislatore, con la disposizione di cui all'art. 186-*bis*, co. 2, lett. c), l.f. non avrebbe inteso vietare la dilazione oltre l'anno ma abbia voluto, piuttosto, introdurre una possibilità aggiuntiva rispetto a quella più generale prevista dal citato articolo.

Anche secondo parte della dottrina¹⁴¹ la seconda soluzione è meritevole di essere condivisa, in quanto essa appare maggiormente coerente con l'obiettivo, fatto proprio dal legislatore del c.d. "Decreto Sviluppo", di incentivare il ricorso alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale in funzione della conservazione dell'impresa. La regola prevista dall'art. 186-*bis* l.f. che consente di inserire nel piano concordatario una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati, pignoratizi o ipotecari, ha natura straordinaria giustificata dalla salvaguardia dell'attività d'impresa insita nel concordato in continuità, e non è quindi applicabile nel caso di concordato liquidatorio¹⁴².

La disposizione in esame rappresenta una forma di "sostegno economico indiretto al piano", in quanto garantirebbe all'imprenditore la disponibilità delle maggiori risorse finanziarie rivenienti dal mancato pagamento dei creditori prelazionari per il periodo di un anno dall'omologa senza temere un loro voto negativo alla proposta concordataria¹⁴³.

L'esclusione dal diritto di voto dei creditori prelatizi trova fondamento nella loro "indifferenza" rispetto alle sorti della procedura di concordato, quando essa preveda il loro pagamento integrale.

La norma in esame opererebbe una "riqualificazione" dell'interesse dei creditori prelazionari rispetto alle sorti del concordato, escludendoli dal voto anche nell'ipotesi, evidentemente distinta rispetto al "pagamento integrale", in cui la proposta preveda una dilazione di pagamento contenuta entro l'anno dall'omologa. Il pagamento dilazonato è considerata un'alterazione qualitativa del credito prelatizio, "ininfluente" rispetto alla realizzazione

¹³⁹ F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 3/2015, p. 279 ss.

¹⁴⁰ Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, in *www.ilfallimentarista.it*

¹⁴¹ F. PIRISI, *op.cit.*, p. 280 ss.;

¹⁴² Trib. Rovigo 26 maggio 2015, in *Fall.*, 8-9/2015, p. 998.

¹⁴³ P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 661 ss.

dell'interesse del creditore e giustifica l'esclusione dal voto di quest'ultimo¹⁴⁴. Si assiste in tal modo ad un ampliamento della "soglia di indifferenza" del creditore prelazionario rispetto al trattamento ad esso riservato nella proposta di concordato con continuità aziendale, con la conseguenza che: se la proposta prevede il pagamento entro un anno dall'omologa, nessun diritto di voto gli sarà riconosciuto; se, viceversa, la proposta prevede un pagamento con dilazione maggiore, il diritto di voto gli sarà riconosciuto stante il venir meno, in tal caso, del presupposto della "indifferenza" rispetto alle sorti del concordato¹⁴⁵.

Anche attorno all'inciso "*salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*" di cui all'art. 186-bis, co. 2, lett. c), l.f., sussiste un dibattito. Al riguardo è ragionevole ritenere¹⁴⁶ che il legislatore abbia inteso limitare la regola dell'esclusione dal voto in presenza di una moratoria infrannuale ai soli creditori privilegiati generali e titolari di prelazione speciale su *assets* di cui il piano concordatario non preveda la liquidazione, con la conseguenza che, per gli altri titolari di prelazione speciale su beni destinati alla liquidazione, la legittimazione al voto resterà disciplinata dall'art. 177, co. 2, l.f.¹⁴⁷.

Si confermano, invece, gli orientamenti giurisprudenziali che precludono l'applicazione della moratoria annuale disciplinata dall'art. 186-bis, comma 2, l.f. ai crediti prededucibili¹⁴⁸ ed alle proposte concordatarie aventi carattere liquidatorio¹⁴⁹.

¹⁴⁴ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1239.

¹⁴⁵ Trib. Terni, 7 novembre 2013, in www.ilcaso.it

¹⁴⁶ Trib. Ravenna 19 agosto 2014, in www.ilfallimentarista.it

¹⁴⁷ Il quale prevede l'esclusione del diritto di voto dei prelazionari allorché la definizione concordataria sia per essi comparabile (e quindi indifferente) all'alternativa fallimentare, salvo rinuncia alla prelazione.

¹⁴⁸ Trib. Belluno 17 febbraio 2017, in www.ilcaso.it

¹⁴⁹ Trib. Rovigo 15 maggio 2015 e Trib. Terni 12 febbraio 2013, entrambe in www.ilcaso.it

CAPITOLO IV

I BENEFICI PER IL DEBITORE

1. La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo – 2. La partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici - 3. Il pagamento di debiti anteriori nel concordato preventivo – 4. La sospensione della disciplina del capitale sociale

1. La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo

L'art. 169-*bis* l.f., introdotto con il D.L. 83/2012 e rifinito con l'intervento del D.L. n. 83/2015, disciplina la sorte dei contratti pendenti¹⁵⁰ alla data della presentazione del ricorso, stabilendo che l'istante possa farsi autorizzare dal tribunale, con il ricorso introduttivo, o dal giudice delegato, nel caso in cui sia già stato emesso il provvedimento di ammissione, a risolvere i contratti non ancora totalmente eseguiti o a sospenderli per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

La disciplina in commento è applicabile a tutti i contratti, ad eccezione di quelli espressamente esclusi dalla disposizione, e quindi non è applicabile ai contratti di lavoro subordinato, ai preliminari aventi ad oggetto gli immobili descritti dall'art. 72, co. 8, l.f., ai contratti di locazione di immobile di cui all'art. 80, co.1, l.f. ed ai contratti di “finanziamento destinato” previsti dall'art. 72-*ter* l.f.

La sospensione o lo scioglimento dai contratti pendenti di cui all'art. 169-*bis* l.f. fanno seguito ad un'espressa “domanda” del debitore, ne consegue che, in assenza di questa, i contratti continueranno a trovare normale esecuzione. Se invece richiesta vi sia e trovi accoglimento, al terzo dovrà riconoscersi un indennizzo a copertura del danno subito per il mancato adempimento, da soddisfarsi come credito anteriore al concordato stesso. Nondimeno, i crediti derivanti da tali contratti e maturati prima dell'apertura della procedura subiranno la falcidia concordataria¹⁵¹.

Le prestazioni eseguite in conformità ai contratti in essere dovranno essere considerate prededucibili se avvenute dopo la pubblicazione della domanda di concordato.

¹⁵⁰ F. FIMMANO', *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Napoli, 2016; F. FIMMANO', *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir.Fall.*, 2014, p. 227; F. MACARIO, *Diritto comune dei contratti e rapporti pendenti nel concordato in continuità aziendale dopo il D.L. n. 83/2015*, in *Fall.*, 2017, p. 338; E. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur.It.*, 2017, p. 515; A. DIMUNDO, *Il ruolo dei contratti pendenti nella formazione di un piano fattibile nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, p. 1085.

¹⁵¹ M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 184 ss.

Il debitore ha dunque il potere di esercitare un diritto potestativo allo scioglimento del contratto, qualora ravvisasse che la persistenza del rapporto contrattuale rischierebbe di produrre effetti negativi sul suo patrimonio e danneggiare i creditori o pregiudicare, addirittura, la fattibilità della proposta¹⁵². Per esercitare tale diritto il debitore deve essere autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato, i quali devono verificare che il contratto sia effettivamente in corso di esecuzione e accertarne la funzionalità dello scioglimento o della sospensione, senza altresì poterne valutare l'effettiva convenienza economica¹⁵³.

Nella fattispecie il legislatore, come sottolineato dalla giurisprudenza¹⁵⁴, ha ritenuto di dover tutelare tre interessi tra loro divergenti: quello del debitore di poter conseguire il piano liberandosi di contratti pendenti non più considerati strategici; quello dei creditori concorsuali di non vedersi privati di attivo per far fronte a costi inutili e quello della controparte che si vede indennizzato in caso di danno subito per la mancata prosecuzione.

Nell'art. 169-bis l.f. non compare una norma simile a quella di cui all'art. 72, co. 6, l.f. che disciplina la sorte dei rapporti pendenti nel fallimento, con la conseguenza che, nell'ambito della procedura di concordato preventivo, si devono ritenere legittime le clausole negoziali che prevedono la risoluzione del contratto per effetto dell'ammissione alla procedura di uno dei contraenti.

La prosecuzione dell'attività d'impresa comporta inevitabilmente la prosecuzione dei rapporti pendenti, pertanto la presenza delle suddette clausole potrebbe costituire un ostacolo nel caso di concordato con continuità aziendale.

L'art. 186-bis l.f. esclude, allora, che i contratti in corso di esecuzione possano risolversi automaticamente, anche se ciò fosse stato preventivamente pattuito fra le parti, per effetto della domanda di concordato¹⁵⁵.

E ciò, a certe condizioni, anche laddove si tratti di continuare o di partecipare all'assegnazione di contratti pubblici (tipicamente appalti, che spesso possono costituire una delle principali fonti di reddito per l'impresa)¹⁵⁶.

L'art. 186-bis, co. 3, l.f. dispone, infatti, che *“fermo quanto previsto nell'art. 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con*

¹⁵² F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, in *Dir. Fall.*, 2014, p. 555.

¹⁵³ F. BENASSI, *Op.cit.*, p. 561

¹⁵⁴ Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in *Foro It.*, 2013

¹⁵⁵ Fermo restando che non può escludersi, anche dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato, un'azione di risoluzione per inadempimento, ovvero ed a fortiori l'utilizzazione dei rimedi ex artt. 1460 e 1461 c.c.: così A. BRIGUGLIO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente*, in *Dir.Fall.*, 2014, I, p. 345 ss.

¹⁵⁶ M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir.Fall.*, 2017, I, p. 481; R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, (nota a Cons. St. 14-1-2014, n. 101; Cons. St. 27-12-2013, n. 6272), in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 422 ss.

pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura", con la precisazione che *"sono inefficaci eventuali patti contrari"*.

Per i casi di continuità aziendale indiretta, in merito al beneficio della continuazione dei rapporti contrattuali, anche con la pubblica amministrazione, la norma in oggetto prevede che *"di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti"*.

Nel regime delineato dall'art. 169-bis l.f., come visto, la prosecuzione dei rapporti pendenti costituisce effetto naturale del concordato preventivo¹⁵⁷; la previsione di cui al comma terzo dell'art. 186-bis l.f. potrebbe trovare la sua ragione d'essere, pertanto, alla luce della previsione concernente la sorte dei contratti pubblici¹⁵⁸.

Con riferimento ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, il citato articolo, al terzo comma, impone, per poter beneficiare della continuazione dei rapporti con tali soggetti, l'onere di presentare una specifica attestazione, che va ad aggiungersi a quella generale prevista alla lett. b) del secondo comma per il concordato con continuità, avente ad oggetto la *"funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori"*. Il professionista deve attestare la *"conformità al piano"* della prosecuzione del contratto con la pubblica amministrazione e la *"ragionevole capacità di adempimento"* dell'impresa.

In merito alla speciale attestazione richiesta per la continuazione dei contratti pubblici meritano di essere evidenziati alcuni aspetti¹⁵⁹. Alla nozione di conformità al piano deve essere attribuito un significato di coerenza, nel senso che l'esecuzione del contratto pubblico deve essere dedotta nel piano medesimo e i relativi effetti, in termini di flussi di costi e di ricavi e di assorbimento e generazione di risorse finanziarie, devono essere riflessi nelle grandezze economiche e finanziarie del piano stesso, nell'orizzonte temporale di riferimento.

L'attestatore dovrà verificare anche l'aspetto della funzionalità, nel senso di utilità della prosecuzione del contratto rispetto all'obiettivo della continuazione e del risanamento dell'impresa.

Il giudizio in merito alla ragionevole capacità di adempimento dei contratti pubblici presuppone quello di fattibilità del piano, con la precisazione che il riferimento alla ragionevolezza pare da intendere in termini di necessaria attenuazione del giudizio prognostico richiesto al professionista.

¹⁵⁷ P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it

¹⁵⁸ G.P. MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici* (nota a C Stato sez. V, 27.12.2013, n. 6272), in *Fall.*, 2014, p. 667; P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2013

¹⁵⁹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1222

Una possibile chiave di lettura è, pertanto, che al professionista sia, in particolare, richiesto di esprimersi sulla non ricorrenza, attuale e prospettica, di situazioni, di fatto o di diritto, incompatibili con il regolare adempimento del contratto e tali, per converso, da dar luogo a un inadempimento legittimante la risoluzione del contratto.

Con il D.L. n. 32/2019, noto come “Sblocca cantieri”, convertito in L. n. 55/2019, e di cui si tratterà più approfonditamente nel paragrafo successivo, il Governo ha inserito al terzo comma dell’art. 186-*bis* l.f. la facoltà per i commissari giudiziali di imprese in concordato preventivo liquidatorio di proseguire nell’esecuzione dei contratti pubblici sottoscritti.

2. Le partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici

L’art. 186-*bis*, co. 5, l.f. dispone che le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale possono, a determinate condizioni, partecipare a procedure di assegnazione di nuovi contratti pubblici.

Le disposizioni in materia di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici da parte di imprese in concordato preventivo sono state di recente modificate ed, in parte, abrogate ad opera della L. 55/2019, ossia la legge di conversione del D.L. 32/2019 c.d. decreto “Sblocca cantieri”. Tale legge di conversione anticipa le disposizioni di alcune delle norme della riforma organica del diritto della crisi d’impresa adottata con D.Lgs. 14/2019 del 14 febbraio 2019.

Il decreto “Sblocca cantieri”, così come convertito dalla L. 55/2019, è intervenuto sull’art. 186-*bis* l.f. e sugli artt. 80 e 110 del D.Lgs. 50/2016, ossia il Codice dei contratti pubblici¹⁶⁰.

Il D.L. 32/2019 ha completamente riscritto l’art. 110 del D.Lgs. 50/2016 rubricato “Procedure di affidamento in caso di fallimento dell’esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione” ed ha modificato l’art. 80, comma 5, lett. b) del medesimo testo.

L’art. 80 del D.Lgs. 50/2016, nella versione antecedente al decreto “Sblocca cantieri” disponeva, riprendendo pedissequamente il testo del previgente art. 38, co. 1, lett. a) del D.Lgs. 163/2006, l’esclusione dalle gare de *“l’operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’art. 110”*¹⁶¹.

Risulta chiaro l’intento del legislatore ante riforma di escludere dalle gare le imprese che si trovavano in fallimento, liquidazione o in concordato preventivo non in continuità aziendale o che avessero presentato domanda di ammissione per uno di questi istituti.

¹⁶⁰ R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “Sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2019, p. 443 ss.

¹⁶¹ L. D’ORAZIO, *Il concordato prenotativo, le commesse e le gare pubbliche*, in *Fall.* 8-9/2019, p. 1071 ss

Si presentava invece una disputa giurisprudenziale per quanto riguarda la fattispecie del concordato c.d. in bianco. Una prima corrente giurisprudenziale affermava l'impossibilità di equiparare il concordato in bianco con quello in continuità aziendale, sostenendo che, prima della presentazione della proposta e del piano e l'apertura ufficiale della procedura, l'impresa che ha presentato l'istanza ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.f. si troverebbe nella situazione richiamata proprio dal comma 5, lett. b) dell'art. 80 (e, prima, dell'art. 38, co. 1, lett. a) del D.Lgs. 163/2006) e dovrebbe, pertanto, essere esclusa dalla partecipazione alla gara. Un'altra interpretazione, invece, affermava al contrario che la presentazione dell'istanza di concordato in bianco non costituiva di per sé conferma dell'avvio della procedura e che quindi in quel frangente il debitore si dovesse ancora ritenere in *bonis*, e quindi legittimato a partecipare alle gare pubbliche.

Il legislatore è poi intervenuto con la modifica dell'art. 110 del D.Lgs. 50/2016, chiarendo la situazione in merito al concordato in bianco. In particolare si stabilisce che le imprese che abbiano presentato la domanda di ammissione all'istituto concordatario, riservandosi di presentare la proposta concordataria ed il relativo piano nei termini stabiliti, possano essere ammesse alla partecipazione a gare pubbliche.

Il quarto comma dell'art. 110, infatti, così come riformulato dallo "Sblocca cantieri", testualmente dispone che *"Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto"*.

Pertanto viene previsto espressamente dalla norma che l'operatore economico che abbia presentato domanda di concordato in bianco possa partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici. Questo purché ci sia l'autorizzazione di cui al quarto comma dell'art. 186-bis l.f. Il D.L. 32/2019 ora prevede che *"successivamente al deposito della domanda di cui all'art. 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato"*¹⁶².

Lo stesso decreto è, inoltre, intervenuto abolendo la disposizione di cui all'art. 186-bis, comma 2, lett. b), secondo la quale, per la partecipazione da parte dell'impresa in concordato preventivo a procedure di assegnazione di contratti pubblici, oltre all'attestazione del professionista di cui alla lett. a), co. 5, art. 186-bis l.f., l'impresa necessitava anche dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Essa, cioè, doveva presentare in gara (ex art. 186-bis, co. 5, lett. b) la dichiarazione da parte di un altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento all'appalto che si impegni nei confronti del

¹⁶² L. D'ORAZIO, *Il concordato prenotativo, le commesse e le gare pubbliche*, in *Fall.* 8-9/2019, p. 1071 ss

concorrente a rendere disponibili le risorse richieste per l'esecuzione dell'appalto per tutta la durata dello stesso, ed anche a subentrare all'impresa ausiliata nel caos in cui essa fallisca o non sia più in grado di eseguire completamente l'appalto¹⁶³.

Il novellato art. 110 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce, infatti, che l'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita più dell'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto, pertanto l'esigenza di coordinare tale nuova disposizione con l'art. 186-*bis* l.f., ha imposto al Governo di intervenire anche con l'abolizione della lett. b., co. 5, art. 186-*bis* l.f.

Il sesto comma dell'art. 186-*bis* l.f. dispone inoltre che l'impresa in concordato possa partecipare a gare pubbliche anche riunita in un raggruppamento temporaneo di imprese purché non rivesta il ruolo di mandataria e che le altre imprese del raggruppamento non siano assoggettate a procedure concorsuali. Dispone però che la dichiarazione di impegno può *“provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento”*¹⁶⁴. In questo caso il legislatore avrebbe dovuto abrogare anche quest'ultima parte del comma, in quanto non più coerente con la disposizione che prevede la non necessità ad avere l'avvalimento una volta che l'impresa sia stata ammessa alla procedura.

3. Il pagamento di debiti anteriori nel concordato preventivo

L'art. 182-*quinquies*, co. 5, l.f. rappresenta un'ulteriore espressione della stretta connessione tra continuità aziendale e sopravvivenza dei contratti pendenti.

Tale disposizione concede al debitore che presenti la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, o anche “in bianco” di procedere al pagamento di crediti anteriori verso fornitori strategici solo previa attestazione del professionista e autorizzazione da parte del tribunale¹⁶⁵.

Per i pagamenti in esame si è aperta la questione dell'autorizzabilità in caso di concordato c.d. in bianco, autorizzabilità esclusa da un orientamento, secondo il quale non sarebbe configurabile durante il pre-concordato un concordato con continuità aziendale, in quanto esso presuppone un piano già definito in ogni sua parte, e perché il professionista e il giudice non avrebbero elementi per verificare la sussistenza delle condizioni necessarie a tale scopo¹⁶⁶. In particolare, secondo il Tribunale di Milano¹⁶⁷ *“i pagamenti di crediti anteriori vanno autorizzati solo nel ricorso delle condizioni di legge strettamente intese, e solo quando*

¹⁶³ R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “Sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2019, 443 ss.

¹⁶⁴ G.P. MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici* (nota a C Stato sez. V, 27.12.2013, n. 6272), in *Fall.*, 2014, p. 667

¹⁶⁵ P. GENOVIVA, *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. “strategici” e contratti di durata pendenti*, in *Fall.*, 2/2016, p. 195 ss. (nota a Trib. Modena, 6 agosto 2015)

¹⁶⁶ F. LAMANNA, *Rischi “intrinseci” e paradossali delle istanze di autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per prestazioni “essenziali”*, in www.ilfallimentarista.it

¹⁶⁷ Trib. Milano II civ., verbale riassuntivo del 18-12-2012

siano presentati i piani definitivi, non solo perché non si comprende come l'esperto possa attestare la funzionalità senza aver visionato un piano definitivo, ma anche perché lo stesso concetto di concordato in continuità presuppone che il piano sia già definitivo e abbia le caratteristiche richieste dall'art. 186-bis, compreso il corredo dell'attestazione specifica sulla possibilità/funzionalità della continuazione".

Tale impostazione è stata oggetto di critiche, perché giudicata troppo restrittiva e rigoristica e perché rischia di compromettere l'operatività e il successo della norma. È stata, quindi, ritenuta ammissibile anche nel caso di concordato c.d. in bianco l'autorizzazione anche se, allo scopo di consentire al giudice di valutare con consapevolezza i relativi presupposti dell'autorizzazione, è necessario che il debitore anticipi, almeno nelle linee generali, il contenuto del futuro piano, con riferimento alla natura di concordato con continuità, con il dettaglio opportuno per consentire all'esperto di attestare la sussistenza dell'ulteriore presupposto rappresentato dalla essenzialità delle prestazioni¹⁶⁸.

Il pagamento può riguardare crediti "anteriori", cioè concorsuali, quindi derivanti da un contratto perfezionato anteriormente alla domanda di concordato, essendo preferibile la tesi secondo cui occorre fare riferimento alla data del deposito della stessa, non a quella della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, da effettuare entro un giorno dal deposito¹⁶⁹.

L'autorizzazione al pagamento dei suddetti crediti può essere concessa se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), attesta che sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la *"migliore soddisfazione dei creditori"*.

Secondo il Tribunale di Bergamo¹⁷⁰ la prospettazione del debitore e l'attestazione del professionista devono comprovare *"che i livelli di soddisfacimento assicurati alla generalità dei creditori concorsuali siano più elevati, grazie alla prosecuzione dell'attività dell'impresa assicurata dal pagamento dei creditori strategici (e nonostante il pregiudizio alla par condicio derivante dal pagamento immediato, ed eventualmente in misura integrale, dei crediti strategici), rispetto a quelli che potrebbero derivare dall'elaborazione di un piano concordatario diverso, o in quanto imperniato sul reperimento di fornitori diversi, per la maggiore onerosità delle loro prestazioni, o in quanto di natura esclusivamente liquidatoria"*.

¹⁶⁸ M. FALAGIANI, *Pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182-quinquies, comma 4, l.fall.*, in *Fall.*, 2014, p. 827 ss.; L. JEANTET, *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall., e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*, in www.ilfallimentarista.it

¹⁶⁹ L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1108; VELLA, *Il pagamento dei crediti anteriori*, in FERRO-BASTIA-NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.

¹⁷⁰ Trib. Bergamo 6 febbraio 2014, in www.ilfallimentarista.it

I destinatari dei pagamenti sono, quindi, i cc.dd. “fornitori strategici”, i quali offrono un prodotto o un servizio a condizioni non replicabili presso altri operatori¹⁷¹, qualora il professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, co. 3, lett. d), abbia attestato entrambe dette condizioni. Egli è chiamato a verificare la natura essenziale delle prestazioni dei fornitori ai fini della prosecuzione dell’attività d’impresa, nonché ad esprimersi sulla funzionalità delle prestazioni medesime alla migliore soddisfazione dei creditori sociali. Si tratta “di verifiche distinte ma interdipendenti, l’una avente ad oggetto la natura strategica dei beni o servizi forniti [...], l’altra orientata ad accertare che il pagamento delle prestazioni strategiche risponda all’interesse dei creditori”¹⁷². Peraltro, dalla considerazione dell’autorizzabilità dei pagamenti nel quadro di una soluzione contrassegnata dalla continuità aziendale è stato desunto che le prestazioni di beni o servizi non devono conformarsi soltanto alle mere esigenze della liquidazione, ma devono, piuttosto, rispondere in via immediata alla necessità della protrazione dell’azione economica ed, in tal modo, in via mediata, al risultato della migliore soddisfazione degli altri creditori rispetto a quelli che direttamente si avvantaggiano del pagamento¹⁷³.

La modalità di formulazione della richiesta di autorizzazione richiede estrema attenzione, tenuto conto dei rischi ipotizzabili, qualora il debitore assuma ed il professionista attesti che le prestazioni per le quali chiede l’autorizzazione non sono solo “utili” o “funzionali”, ma addirittura “essenziali” per la prosecuzione dell’attività d’impresa. Quest’ultima qualificazione, nel concordato preventivo con continuità aziendale, finisce infatti con il condizionare la stessa fattibilità del piano che si basa, per definizione, sulla prosecuzione dell’attività. La conseguenza è che, a fronte di una tale qualificazione, nel caso in cui l’istanza fosse dichiarata inammissibile o rigettata, dovrebbe ritenersi constatata la non fattibilità del piano in questa parte, per difetto di una sua condizione essenziale e, quindi, il tribunale dovrebbe convocare l’istante ai fini dell’integrazione del contraddittorio per la declaratoria d’inammissibilità della proposta a causa della non fattibilità del piano, salva la possibilità per il debitore di mutare il “tipo”, da concordato con continuità aziendale a concordato liquidatorio. Un tale esito andrebbe escluso, qualora l’istanza sia rigettata perché il tribunale ritenga la prestazione “non essenziale” o la dichiari inammissibile per ragioni di rito,

¹⁷¹ M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014.

¹⁷² F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 808.

¹⁷³ G.B. NARDECCHIA, *Commento all’art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 2272 ss

palesandosi in tal modo il rischio in cui incorre il proponente, il quale assuma che le prestazioni sono “essenziali”, allo scopo di ottenere l’autorizzazione¹⁷⁴.

La disposizione in esame opera la trasformazione di crediti concorsuali in prededuttivi, integrando una deroga al principio di concorsualità e quindi del divieto posto dall’art. 168 l.f. Secondo la dottrina, la previsione si giustifica con l’esigenza di una nuova negoziazione, e dunque della conclusione di un nuovo contratto, con le controparti *in bonis*, fornitrici di prestazioni di beni o di servizi, strategicamente rilevanti nell’economia dell’impresa in concordato con continuità. L’attestazione di essenzialità per la prosecuzione dell’attività d’impresa e di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori riguarda quindi, non tanto il pagamento delle prestazioni già ricevute da autorizzare dal tribunale, quanto quelle nuove da acquisire, trattandosi di nuovi rapporti da istituire con fornitori, appunto strategici, creditori del corrispettivo di prestazioni esaurite¹⁷⁵. Pertanto, i pagamenti sono autorizzabili a condizione che assicurino la protrazione dell’attività economica, così che la mancata interruzione dell’azione imprenditoriale resa da essi possibile ridonda, indirettamente, a vantaggio anche degli altri creditori.

Relativamente alla misura del pagamento autorizzabile, la dottrina ha dato atto dell’esistenza di un contrasto sul punto¹⁷⁶. È preferibile risolvere la questione, ritenendo che la possibilità o meno di un pagamento integrale del debito, alla luce della funzione dello stesso, è ammissibile, qualora sia essenziale per il conseguimento delle finalità stabilite dalla norma in esame. Più specificamente, è stato ritenuto che il debitore può chiedere di essere autorizzato a pagare subito e per intero un creditore chirografario strategico, purché sia in grado di dimostrare, secondo una ragionevole prognosi e sulla base dei flussi di cassa attesi dall’attività aziendale, di poter soddisfare integralmente i creditori privilegiati, salvo solo il caso in cui non ricorrano le condizioni di cui all’art. 160, co. 2, oppure, alternativamente, il pagamento avvenga tramite finanza esterna al patrimonio del debitore¹⁷⁷.

4. La sospensione della disciplina del capitale sociale

L’art. 182-*sexies* l.f. è stato introdotto dall’art. 33 del D.L. 83/2012. La norma è preordinata ad agevolare e ad incentivare il ricorso alla procedura concordataria¹⁷⁸. La possibilità di una riorganizzazione aziendale ed il salvataggio del valore dell’impresa, possibile nel caso di

¹⁷⁴ F. LAMANNA, *Rischi “intrinseci” e paradossali delle istanze di autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per prestazioni “essenziali”*, in www.ilfallimentarista.it

¹⁷⁵ A. PATTI, *Il contratto di affitto di azienda nel concordato preventivo con continuità* (nota a Trib. Cuneo 31.10.13), in *Fall.*, 2014, p. 191 ss.

¹⁷⁶ M. FALAGIANI, *Pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182-quinquies, comma 4, l.fall.*, in *Fall.*, 2014, p. 827 ss.

¹⁷⁷ Trib. Bergamo, 6 febbraio 2014, in www.ilfallimentarista.it

¹⁷⁸ R. RANALLI, *Commento all’art. 182-*sexies* l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 2279 ss

concordato preventivo, trovava, infatti, un ostacolo nelle previsioni in tema di conservazione del capitale sociale, di cui agli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c., in tema di scioglimento della società per mancata ricostruzione del capitale sociale nei limiti legali di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* c.c. Inoltre, si scontrava con lo stesso obbligo per gli amministratori di cui all'art. 2486 c.c. dal momento che l'adempimento di quanto previsto nel piano concordatario può richiedere, pur in presenza di una causa di scioglimento, l'esecuzione di atti (quali investimenti, dismissioni, mutamenti nell'azione sul mercato, ecc.) non finalizzati alla mera conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale¹⁷⁹.

Il favore con cui il legislatore guarda al concordato preventivo, quale strumento di possibile superamento della crisi d'impresa si è, quindi, spinto sino a consentire la continuazione dell'attività, nell'ambito di tale procedura, pur quando la perdita di capitale porrebbe altrimenti la società nell'alternativa tra ricapitalizzazione o scioglimento ed i presupposti della continuità aziendale potrebbero quindi esser venuti meno¹⁸⁰.

Per rispondere a tali esigenze il legislatore ha introdotto l'art. 182-*sexies* l.f., il quale prevede che, dalla data di presentazione della domanda di concordato, anche a norma dell'art. 161, co. 6, l.f., e sino all'omologazione, non si applicano gli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6 e 2482-*ter* c.c. L'articolo dispone inoltre che, per lo stesso periodo, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4 e 2545-*duodecies* c.c.¹⁸¹.

Si tratta di una norma di grande rilievo in quanto essa introduce una sospensione di una parte significativa della disciplina inderogabile del capitale sociale concernente la sua riduzione per perdite oltre il terzo o al di sotto del minimo legale. Normalmente, nel caso di riduzione del capitale per perdite si assiste ad un adeguamento del capitale sociale alla diminuita consistenza dei valori che compongono il patrimonio netto. Il c.d. consolidamento delle perdite corrisponde ad un interesse dei soci i quali potranno, per gli esercizi successivi, far emergere utili per la loro eventuale distribuzione¹⁸².

Il legislatore nell'art. 182-*sexies* l.f. parla di disapplicazione della relativa disciplina, nel senso che probabilmente viene meno la sua efficacia cogente, ma ciò non esclude che si possa procedere ad una riduzione del capitale sociale per perdite e ad una ricapitalizzazione laddove ritenuta più opportuna¹⁸³ dalla compagine sociale; questo in quanto in una operazione di

¹⁷⁹ G. BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fall.*, 2014, p. 1097.

¹⁸⁰ R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, p. 917.

¹⁸¹ V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. Fall.*, 6/2014, p. 821 ss.

¹⁸² G. FERRI JR, *Patrimonio, capitale, bilancio*, in *Dir. Soc.*, Milano, 2012, p. 95.

¹⁸³ La giurisprudenza ammette l'aumento di capitale pur in presenza di perdite, a condizione però che queste non siano superiori ad un terzo del capitale sociale.

ristrutturazione societaria, che passi anche attraverso la ristrutturazione del debito, potrebbe risultare, talvolta, più conveniente operare una riduzione del capitale al fine di rendere possibile l'emersione di utili futuri.

La norma in esame contiene una duplice previsione di sospensione. La prima riguarda le fattispecie delle perdite e della diminuzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale che si dovessero verificare in pendenza della procedura di concordato. Pertanto, se in tale frangente dovessero verificarsi perdite superiori al terzo o se il capitale dovesse scendere al di sotto del minimo legale a seguito di perdite superiori al terzo, gli artt. 2446, commi 2 e 3, e 2447 c.c. non troveranno applicazione; sicché per gli amministratori non si configura l'obbligo di convocare l'assemblea per i relativi incombeni.

L'altra fattispecie è che la causa di scioglimento, ex artt. 2484, n. 4 e 2545-*duodecies* c.c., si sia già verificata in pendenza di una procedura di concordato preventivo. In questo caso, tale causa non produrrebbe i suoi effetti e dunque la società continuerebbe a sussistere in una dimensione operativa.

La norma costituisce un incentivo per gli amministratori a presentare la domanda di concordato preventivo, allo scopo di evitare lo scioglimento della società, dovendo tuttavia presentarla prima che le perdite di capitale superino le soglie previste dalle disposizioni del c.c.¹⁸⁴ Non sono mancate, con riferimento alla norma di cui si parla, considerazioni critiche dalla dottrina, la quale ha rimarcato che la soluzione ideata non sembra congruente con l'esigenza di risanamento: *“sospendere le regole del capitale sociale sino all'omologazione significa rinviare il ripristino della legalità gestionale ad un momento in cui il giudizio conclusivo sulla procedura dovrebbe accertare la recuperabilità dell'impresa”*¹⁸⁵.

Il secondo comma dell'art. 182-*sexies* l.f. dispone che resta ferma l'applicazione dell'art. 2486 c.c. per il periodo anteriore al deposito della domanda e della proposta di concordato.

Tale precisazione è stata ritenuta superflua, giacché nessuno dubiterebbe dell'operatività dell'art. 2486 c.c. nella fase anteriore alla presentazione della domanda di concordato. La decorrenza dell'effetto sospensivo delle procedure per la copertura delle perdite e l'inoperatività dello scioglimento dalla data di presentazione delle domande o delle proposte prenotative comporta, infatti, che fino a quelle date trova applicazione la ordinaria normativa.

¹⁸⁴ A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013

¹⁸⁵ G. LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale e altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in www.quotidianogiuridico.it, 29.8.2012

È stato, quindi, precisato che scopo dell'espressa salvezza dell'art. 2486 c.c. è stato quello di sottolineare che la domanda di concordato non può in alcun caso sanare le responsabilità già eventualmente maturate, né far venir meno lo scioglimento già deliberato e pubblicizzato¹⁸⁶.

Questa interpretazione potrebbe indurre gli amministratori ad una maggiore solerzia e tempestività nella ricerca di soluzioni alla crisi incipiente, sollecitando i soci ad interventi di ricapitalizzazione laddove l'impresa societaria abbia ancora prospettive di continuazione¹⁸⁷.

La finalità della norma in esame dovrebbe quindi essere duplice: da un lato, evitare di appesantire la gestione della crisi di impresa in sede concordataria con la stringente normativa sulla effettività del capitale sociale; dall'altro, ove si sia verificata durante la procedura la riduzione del capitale al di sotto del minimo di legge, sospendere l'operatività della causa di scioglimento ed evitare la messa in liquidazione della società al fine di agevolare eventuali atti urgenti di straordinaria amministrazione.

L'estensione della sospensione dell'applicazione delle regole sulla riduzione del capitale sociale, disposta dall'art. 182-sexies l.f., non è totale. Non sono sospesi, infatti: gli obblighi informativi scaturenti al verificarsi di perdite del capitale superiori ad un terzo, il potere attribuito all'assemblea di adottare tempestivamente gli 'opportuni provvedimenti', il divieto di distribuire utili ai soci sino a che le perdite non siano state eliminate.

Non ci sono dubbi circa l'utilità della norma riguardo alla prospettiva del concordato con continuità aziendale, laddove appunto sia il piano a prevedere tale modalità di realizzazione dell'assetto di interessi proposto al ceto creditorio¹⁸⁸. In merito, la dottrina maggioritaria¹⁸⁹ si esprime circa la necessità che l'attestatore affronti la questione della perdita o riduzione del capitale sociale, non fosse altro perché, chiusa la procedura con l'omologazione del concordato o del piano, il relativo problema si ripropone per intero con tutte le sue implicazioni.

¹⁸⁶ G. BOZZA, *Op. cit.*, p. 1097 ss.; T. ARIANI, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo* (nota a Trib. Ancona 12.4.2012), in *Fall.*, 2013, p. 110 ss.

¹⁸⁷ V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. Fall.*, 6/2014, p. 821 ss.

¹⁸⁸ V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. Fall.*, 6/2014, p. 825

¹⁸⁹ Così A. NIGRO, *op. cit.*, p. 5: "(...) il piano posto a base del concordato o dell'accordo dovrà prendere in considerazione e risolvere anche e proprio il problema dell'eventuale riduzione del capitale per perdite o il problema delle misure richieste dall'art. 2447 c.c. o dall'art. 2482 ter (...); e che di questi aspetti dovranno occuparsi sia il professionista attestatore nel verificare la fattibilità del piano sia anche il Tribunale in sede di omologazione"; L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 1226: "Ne consegue che egli (debitore, ndr) dovrà approntare, per tutto il lasso di tempo rilevante nel caso concreto, i conti economici, i piani di cassa e, dato che la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione ex art. 182 sexies termina con l'omologazione, gli stati patrimoniali prospettici".

Le norme la cui applicabilità è derogata dalla disposizione in esame ritornano ad essere applicabili dalla data dell'eventuale diniego dell'omologazione o dell'arresto del relativo iter procedimentale¹⁹⁰.

¹⁹⁰ A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013

CAPITOLO V

IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITA' AZIENDALE NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: CENNI

1. La nuova disciplina del concordato preventivo – 2. Continuità aziendale e soddisfazione del ceto creditorio – 3. I presupposti per l'accesso alla procedura – 4. Continuità aziendale diretta e indiretta – 5. La salvaguardia dei livelli occupazionali – 6. Il criterio della prevalenza

1. La nuova disciplina del concordato preventivo

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza¹⁹¹, approvato dal Consiglio dei ministri il 10 gennaio 2019, contiene lo schema di decreto legislativo varato dall'esecutivo in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14); decreto poi definitivamente emanato con pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del 14 febbraio 2019.

La nuova disciplina del concordato preventivo contenuta nel c.ins. entrerà in vigore il giorno 15 agosto 2020¹⁹².

La disciplina contenuta nella legge fallimentare del 1942 continuerà, pertanto, ad applicarsi ai ricorsi (anche in bianco) depositati fino a tale data e alle procedure ancora pendenti.

La giurisprudenza di merito sta già applicando, per la risoluzione di alcune controversie in ambito concordatario¹⁹³, le soluzioni emergenti dal Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, per tale motivo risulta sin d'ora opportuna un'analisi di ciò sarà la disciplina normativa futura¹⁹⁴.

Le modifiche che, a partire dal 2005, sono intervenute nel diritto concorsuale ed, in particolare, sugli strumenti di composizione della crisi, pur nel pregevole intento di rispondere con urgenza e straordinarietà al momento di particolare crisi economica, hanno progressivamente eroso la sistematicità dell'impianto della legge fallimentare del 1942,

¹⁹¹ Nel proseguo dell'elaborato "c.ins."

¹⁹² L'entrata in vigore, in forza del comma 1 dell'art. 389 c.ins., è prevista decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione in G.U. e, dunque, il prossimo 15 agosto 2020.

¹⁹³ V. Trib. Ravenna 15 gennaio 2018, in www.ilcaso.it, che applicando le norme emanate dalla L. 2017/155, in ossequio al criterio della prevalenza, ha stabilito che il concordato va qualificato in continuità aziendale ex art. 186-bis l.f. ogniqualvolta, alla stregua di una comparazione quantitativa fra le fonti del soddisfacimento destinato ai creditori concordatari, detto soddisfacimento deriva in massima parte dai flussi finanziari prodotti dalla continuità aziendale, piuttosto che dalle più limitate risorse ottenute attraverso la cessione di cespiti non strategici. Ha, inoltre, accolto la tesi della continuità oggettiva o indiretta, stante l'esplicita valutazione positiva della compatibilità fra disciplina della continuità ed affitto d'azienda sancita dal legislatore all'art. 6 lett. i) n. 3) della L. 19 ottobre 2017, n. 155, e ha concesso una moratoria nel pagamento dei crediti privilegiati in misura superiore all'anno, ai sensi dell'art. 6 lett. i), n. 1 della stessa legge.

¹⁹⁴ M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. Cian (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, Torino, 2018, p. 15; M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

generando inevitabilmente un corpo normativo a tratti frammentario e farraginoso, non sempre di uniforme interpretazione, con lacune colmate dalla giurisprudenza, anche a seguito di dibattiti tra tesi contrastanti¹⁹⁵.

I cambiamenti dovuti alla crisi economica degli ultimi anni, che anche l'esperienza giudiziaria ha evidenziato, e le pressioni provenienti dal legislatore europeo, già viste in questo elaborato, hanno rilevato la necessità di una riforma organica e sistematica della disciplina, che ha richiesto una rivisitazione integrale della materia concorsuale¹⁹⁶.

Per l'attuazione di tale importante provvedimento di sistema, è stato scelto l'istituto della delega legislativa, attuata con la legge 155/2017 che contiene, appunto, la delega legislativa con la quale sono state fornite all'organo esecutivo le linee guida per l'attuazione della riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

L'impianto normativo dello strumento concordatario è stato messo a dura prova dal continuo susseguirsi di riforme e "controriforme" degli ultimi anni, non sortendo, nella prassi, gli effetti sperati. Preso atto del "fallimento" della disciplina concordataria di fronte alla crisi economia che ha travolto il nostro Paese, il legislatore ha tentato di rimediare riformando profondamente, con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, la disciplina dell'istituto, non senza criticità che rischiano di rendere sostanzialmente inutilizzabile il concordato per la risoluzione della crisi d'impresa. Si auspica che a tali criticità verrà posto rimedio a seguito della Legge 8 marzo 2019, n. 20 (Gazzetta Ufficiale 20 marzo 2019, n. 67) che incarica il Governo di correggere ed integrare la riforma della disciplina della crisi d'impresa¹⁹⁷.

La normativa del concordato preventivo è contenuta in due distinte parti del c.ins: dall'art. 40 all'art 48 dove troviamo la disciplina del procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e nel gruppo contenente le disposizioni specifiche del concordato preventivo, dall'art. 84 all'art. 120 c.ins.

Nel prosieguo del capitolo verranno analizzate le principali novità introdotte dal c.ins. afferenti l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale.

¹⁹⁵ M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. Cian (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, Torino, 2018, p. 15

¹⁹⁶ M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. Cian (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, Torino, 2018, p. 16; M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

¹⁹⁷ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

2. Continuità aziendale e soddisfazione del ceto creditorio

Il nuovo c.ins. manifesta un deciso favore verso la continuità aziendale¹⁹⁸, relegando l'istituto del concordato liquidatorio ad un ruolo di soluzione residuale, a cui ricorrere esclusivamente al fine di evitare l'assoggettamento all'istituto della liquidazione giudiziale.

L'art. 84 c.ins., rubricato "*Finalità del concordato preventivo*", delinea la differenza tra concordato in continuità e concordato liquidatorio, prevedendo che il debitore possa realizzare l'obiettivo del soddisfacimento dei creditori mediante risorse che derivano dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale ovvero dal ricavato della liquidazione del patrimonio. È la prevalenza dei flussi derivanti dalla continuazione dell'impresa piuttosto che dei ricavi derivanti dalla liquidazione atomistica dei beni a fungere da spartiacque tra le due tipologie di concordato.

Il legislatore nella rubrica dell'articolo in esame parla di "finalità" dell'istituto ma, visto il contenuto della disposizione, sarebbe più corretto parlare di "modalità" attraverso le quali si realizza il "*soddisfacimento dei creditori*" a cui fa riferimento il primo comma dell'art. 84 c.ins.¹⁹⁹.

Il legislatore, rispettando pienamente quanto contenuto nella legge delega, ha incentivato il ricorso al concordato in continuità, finalizzato alla possibilità per l'impresa risanata di rimanere o rientrare nel mercato²⁰⁰.

Il c.ins. impone, però, che la continuità aziendale venga perseguita laddove la stessa risulti "*funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori*". Altri interessi, quali, per esempio, la salvaguardia dell'azienda e la tutela dei posti di lavoro, possono essere perseguiti se ed in quanto siano compatibili con l'interesse dei creditori²⁰¹.

L'atteggiamento favorevole verso il principio della continuità aziendale, così come si evince dall'attuale formulazione dell'art. 186-bis, co. 2, lett. b) l.f., rimane in ogni caso subordinato all'interesse principale del soddisfacimento del ceto creditorio, ponendosi in pieno contrasto con il testo licenziato dalla Commissione Rordorf, che proponeva di rendere la continuità dell'azienda il fine ultimo del concordato in continuità²⁰².

¹⁹⁸ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss.

¹⁹⁹ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

²⁰⁰ G. GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4/2019, p. 809 ss

²⁰¹ G.B. NARDECCHIA, *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, p. 186.

²⁰² M. GREGGIO, *Il concordato con continuità aziendale*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, p.198.

Nel c.ins. la continuità aziendale rimane un valore-mezzo, giustificandosi unicamente allorquando garantisca la migliore soddisfazione dei creditori sociali (che rimane, come nella legge fallimentare del 1942, il valore-fine del concordato).

La tutela dei creditori rimane l'obiettivo primario del concordato, osservato che il comma secondo dell'art. 84 parla di "*interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci*": interesse prioritario, non esclusivo, quindi²⁰³.

La prospettiva di ottenere un miglior soddisfacimento dei propri interessi, muove i creditori ad accettare o meno il piano proposto, nel quale quindi devono essere esplicitate le ragioni per cui si ritiene che la continuazione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale possa condurre a risultati migliori rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 87, co.1, c.ins.). Inoltre, in questo ambito, risulta fondamentale l'attestazione del piano da parte del professionista indipendente (art. 87, co. 3, c.ins.), che assume un ruolo di assoluto rilievo anche nell'intero c. ins.²⁰⁴.

Nel concordato in continuità, quindi, i creditori subiscono i rischi d'impresa, al pari del loro debitore, senza poter incidere in alcun modo nella gestione²⁰⁵. Vanno ad assumere un ruolo simile a quello degli azionisti-soci di un'impresa, essendo che i risultati della gestione della stessa vanno ad incidere direttamente sui propri interessi.

3. I presupposti per l'accesso alla procedura

Viene definito presupposto oggettivo la circostanza in cui l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi o di insolvenza (art. 85 c.ins.).

Rispetto alla disciplina vigente, nel c.ins. la "crisi" ha acquisito una propria dimensione autonoma essendo definita nell'art. 2 c.ins. come "*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore*", chiarendo anche espressamente come tale crisi si manifesta, ossia "*come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*"²⁰⁶.

Lo stato di "insolvenza" viene invece spiegato come "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in*

²⁰³ S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in www.ilcaso.it, 25.2.2019.

²⁰⁴ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

²⁰⁵ G. LA CROCE, *I limiti del concordato di risanamento*, in *La riforma del fallimento*, a cura di M. POLLIO, Milano, 2019, p. 208, "*si tratta di una condizione che potrà ritenersi nel miglior interesse dei creditori solo nei casi estremi, in assenza di soluzioni diverse...e in carenza di una garanzia patrimoniale adeguata da liquidarsi, ossia una soluzione da ultima spiaggia*".

²⁰⁶ A. MAFFEI ALBERTI, *Note introduttive*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4/2019, p. 801 ss. (commento al D.Lgs. 12.01.2019, n. 14)

grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”: una scelta conservativa che riprende quella già contenuta nella legge fallimentare, più giuridica che economica²⁰⁷.

Nel concordato preventivo in continuità l’insolvenza deve essere superabile, transitoria, così come del resto è indicato nella relazione della legge delega (par. 6). Da tale assunzione si evince che tale istituto non possa più essere utilizzato, come avvenuto in passato, in situazioni imprenditoriali ormai compromesse, il cui piano di risanamento non preveda un soddisfacimento, seppur minimo, dei creditori.

È in questo contesto, ossia quello dell’individuazione del presupposto oggettivo per l’accesso alla procedura, che si colloca una delle (molteplici) criticità che già sono emerse con riferimento alla nuova disciplina della crisi d’impresa.

Il 26 giugno 2019 è stata, infatti, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea la Direttiva UE 2019/1023 del 20 giugno 2019, contenente rilevanti novità in materia di quadri di ristrutturazione preventiva, alle quali gli Stati membri dovranno uniformarsi. Il *favor* per la continuità aziendale che emerge dalla direttiva ha però un ambito di riferimento oggettivo ben preciso entro il quale vincola il legislatore nazionale: la probabilità di insolvenza. Quest’ultima, pur corrispondendo alla nozione di crisi delineata nell’art. 2, comma 1, lett. a), c.ins., interferisce, tuttavia, solo parzialmente con il requisito oggettivo scolpito nell’art. 85 c.ins. per l’accesso alla procedura di concordato preventivo, possibile, come visto, sia in presenza di uno stato di crisi che di insolvenza vera e propria. Il diverso ambito oggettivo delineato dalla direttiva europea rispetto al quadro nazionale porrà alcuni problemi in relazione al recepimento interno di alcune norme di favore della continuità aziendale²⁰⁸.

Riguardo il presupposto soggettivo per l’accesso alla procedura, esso risulta il medesimo della “liquidazione giudiziale” (art. 121 c.ins.), al quale fa rinvio il primo comma dell’art. 85 c.ins. relativo al concordato preventivo. Vi possono quindi accedere solamente gli imprenditori commerciali che non si trovino al di sotto delle soglie previste dal secondo comma dell’art. 1 l.f. Paiono così Risultano quindi impossibilitati a richiedere il concordato gli imprenditori agricoli²⁰⁹.

²⁰⁷ Sul concetto di insolvenza M. SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO e SASSANI, I, Milano, 2014, p. 137 ss; P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2000, p. 89 ss.

²⁰⁸ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²⁰⁹ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

4. Continuità aziendale diretta e indiretta

Il secondo comma dell'art. 84 c. ins. disciplina le diverse forme in cui la continuità aziendale si può delineare, ossia diretta o indiretta, ed il contenuto del piano che supporta la domanda di concordato.

Nel caso di continuità diretta, essa rimane in capo al debitore, il quale con la propria gestione e con la liquidazione di *assets* non strumentali all'esercizio dell'impresa stessa dovrà garantire i flussi di cassa necessari al fabbisogno concordatario. Tali flussi, quindi, dovranno soddisfare la massa creditoria e permettere all'impresa di riposizionarsi sul mercato. Se i creditori, nell'accettare la prosecuzione dell'attività si assumono il rischio d'impresa, il piano dovrà quindi prevedere i costi ed i ricavi derivanti dalla prosecuzione dell'attività, i relativi fabbisogni finanziari e le necessarie coperture.

La continuità indiretta, in base a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 84 c.ins., si ha quando è prevista la *“gestione dell'azienda in esercizio o [la] ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo”*²¹⁰.

A differenza dell'art. 186-bis, comma 1, l.f. è prevista una detipizzazione dei modelli di attuazione della continuità indiretta. All'indicazione espressa dei casi di cessione, usufrutto, affitto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, si accompagna una clausola residuale che fa riferimento *“a qualunque altro titolo”*²¹¹.

La nuova formulazione della norma chiarisce, inoltre, i dubbi sorti con l'attuale disciplina, atteso che l'art. 186-bis co. 1 l.f. si limita a prevedere la continuità indiretta tramite *“la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione”*, non facendo alcun riferimento al contratto di affitto d'azienda.

Come visto nel presente elaborato, l'impostazione dell'attuale disposizione aveva diviso la giurisprudenza.

Il legislatore, adottando le prescrizioni contenute nella legge delega ed orientandosi a favore delle tesi che apparivano maggioritarie²¹², ha stabilito che la qualifica di concordato “in continuità” sia identificabile nel momento in cui l'attività possa proseguire anche dopo la conclusione della procedura, a prescindere da chi ne sia l'imprenditore, c.d. continuità

²¹⁰ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss.

²¹¹ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²¹² Trib. Treviso, 4 novembre 2016, in www.fallimentiesocietà.it; Trib. Alessandria, 22 marzo 2016; Trib. Roma, 24 marzo 2015; Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014; tutte in www.ilcaso.it.

oggettiva²¹³, che sembra essere condizione sufficiente. Per tale motivo la presenza di un soggetto terzo non preclude la possibilità di proseguire l'attività, sempre che venga soddisfatto il prioritario interesse dei creditori²¹⁴.

L'art. 84 c.ins. ha quindi chiarito come l'affitto di azienda anche puro, cioè non prodromico alla cessione (affitto c.d. ponte), anche se stipulato in un momento antecedente al deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura, consenta al concordato preventivo di mantenere il carattere di concordato in continuità²¹⁵: l'inclusione di tale ipotesi nell'ambito di applicazione della disciplina del concordato in continuità è misura volta a favorire la salvaguardia dell'azienda. È necessario, però, che l'affitto di azienda sia stato posto in essere “*in funzione*” della presentazione del ricorso²¹⁶.

Il significato di tale nozione sembra possa essere individuato ricorrendo ai medesimi canoni interpretativi utilizzati per identificare i “*finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo*” (c.d. “finanza-ponte”). Seguendo tale impostazione, ai fini della qualificazione del concordato come in continuità, l'affitto di azienda dovrebbe essere stipulato nell'imminenza del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, ed essere teleologicamente connesso con il piano concordatario, nonché essere in esso espressamente previsto e giustificato²¹⁷.

L'attività aziendale, anche se perseguita da un soggetto diverso dal debitore, risulta compatibile con l'istituto del concordato in continuità, purché il fine ultimo sia sempre quello di soddisfare gli interessi del ceto creditorio e, solo in seconda battuta, dell'imprenditore e dei soci.

²¹³ Si veda Cass. 19 novembre 2018 n. 29742, che valorizza in termini oggettivi la prosecuzione dell'attività d'impresa sottolineando come la continuità aziendale sia configurabile “*anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto di affitto – recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) – può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile*”; M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

²¹⁴ M. GREGGIO e R. BONIVENTO, *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in www.ilcaso.it

²¹⁵ Per un esempio di “lungimiranza giurisprudenziale” si veda Trib. Como 9 febbraio 2017, con commento di D. DE FILIPPIS, *Il rapporto tra affitto d'azienda e concordato preventivo con continuità aziendale nella prospettiva della riforma Rordorf*, in giustiziacivile.com, 10 maggio 2017. Il Tribunale di Como prende atto della volontà del legislatore di ampliare la nozione di continuità aziendale espressa nel c.d. disegno di legge Rordorf e rivisita, in una prospettiva *de jure condendo*, l'originaria “*teoria della incompatibilità dell'affitto di azienda finalizzato alla cessione con la continuità aziendale*”.

²¹⁶ G.B. NARDECCHIA, *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, p. 186

²¹⁷ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss

In questo scenario l'attenzione sarà rivolta principalmente al regolare adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo da parte del terzo cessionario/usufruttuario/affittuario poiché, una volta che il prezzo sia stato pagato, l'esecuzione della proposta concordataria da parte del debitore che ha trasferito l'azienda procederà in modo indipendente rispetto alle sorti dell'azienda gestita dal terzo²¹⁸.

Affinché possa parlarsi di continuità indiretta, l'art. 84 c.ins. pone a carico del soggetto diverso dal debitore l'obbligo di rispettare un requisito diverso e ulteriore rispetto a quelli tradizionali: è necessario che il contratto o il titolo in forza del quale tale soggetto gestisce l'azienda in esercizio ovvero riprende l'attività preveda *“il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione”*²¹⁹.

Il corollario di tale previsione è la qualificazione come concordato liquidatorio del concordato che non assicuri il mantenimento dei livelli occupazionali richiesti dalla norma²²⁰.

Il c.ins. riconduce nella categoria della continuità anche l'ipotesi della mera prosecuzione dei rapporti contrattuali in capo al debitore in concordato preventivo, senza che quest'ultimo esegua alcun pagamento. Ai sensi degli ultimi due periodi dell'art. 84, co. 3, c.ins., infatti, l'*“utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile”* che deve essere assicurata a ciascun creditore *“può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa”*. In tale circostanza, la soddisfazione del creditore è conseguente non a un pagamento, ma alla mera prosecuzione dei rapporti contrattuali (con l'effetto della rinuncia da parte del creditore al proprio credito concorsuale)²²¹.

5. La salvaguardia dei livelli occupazionali

Come precisato alla fine del precedente paragrafo, l'art. 84 c.ins. dispone che il soggetto diverso dal debitore destinato a proseguire l'attività d'impresa si faccia carico di un preciso impegno: garantire, per almeno un anno dall'omologazione, il mantenimento in forza di

²¹⁸ D. BURRONI, *Presupposti e inizio della procedura*, in *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, S. Sanzo – D. Burroni (a cura di), 2019, p. 129

²¹⁹ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss

²²⁰ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²²¹ M. GREGGIO, *Il concordato con continuità aziendale*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, 202; D. BURRONI, *Presupposti e inizio della procedura*, in *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, S. SANZIO – D. BURRONI (a cura di), 2019, p. 132, sottolinea come tale “chiarimento va[da] salutato sicuramente con favore, poiché molto spesso i creditori che hanno rapporti con l'imprenditore in crisi hanno possibilità di reale e concreto soddisfacimento più in prospettiva di coltivazione del rapporto futuro, che non in termini di soddisfo del loro credito concorsuale”.

almeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso nell'azienda o nel ramo d'azienda di cui è prevista la continuazione.

L'aspetto occupazionale, in questo contesto, diventa un valore aggiunto di questa tipologia di concordato, e rappresenta un'ulteriore giustificazione al privilegio che viene ad esso concesso rispetto alle proposte meramente liquidatorie²²². L'obbligo del mantenimento dei livelli occupazionali è una condizione di ammissibilità del concordato in continuazione indiretta e costituisce anche una modalità di adempimento del piano. Costituisce inoltre una garanzia che la continuità sia reale ed effettiva, e contribuisce alla prevenzione di condotte opportunistiche da parte del terzo soggetto coinvolto.

Ma l'intento della norma è evidentemente anche quello di incentivare la salvaguarda dei livelli occupazionali²²³.

L'introduzione della "clausola occupazionale" nell'art. 84, co. 2, c.ins. comporta la necessità di accertare la concreta sostenibilità di tale obbligo e di chiedersi quali siano le conseguenze nell'ipotesi in cui, successivamente all'omologa, il requisito occupazionale non venga rispettato.

Secondo alcuni commentatori, tale precetto sarebbe in realtà privo di efficacia, posto che il mancato rispetto dello stesso non potrebbe condurre automaticamente alla risoluzione del concordato²²⁴, poiché se il debitore adempie alla proposta concordataria sotto il profilo economico, il concordato non sarà risolto per inadempimento, in quanto lo stesso resta comunque lo scenario più favorevole per la massa dei creditori²²⁵. Risulta in ogni caso poco probabile che il creditore richieda la risoluzione del concordato soltanto per il mancato rispetto dei livelli occupazionali, visto che il suo primario interesse è costituito dal soddisfacimento del proprio credito, a prescindere dalle modalità con cui questo venga conseguito.²²⁶

Risulterebbe, inoltre, iniquo far ricadere sul debitore le conseguenze dell'inadempienza da parte del terzo della garanzia dei livelli occupazionali, sebbene il proponente si assuma il rischio del venir meno della condizione di ammissibilità. Di conseguenza il commissario giudiziale deve vigilare sull'adempimento del soggetto terzo per almeno un anno dall'omologazione del concordato. Nel caso in cui il soggetto terzo abbia già corrisposto il

²²² M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del "re"*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

²²³ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²²⁴ G.B. NARDECCHIA, *Op.cit.*, p. 187

²²⁵ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss

²²⁶ A. PETROSILLO e F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, in www.ilfallimentarista.it, 10.04.2019

prezzo pattuito risulta in ogni caso difficile anche la pretesa della risoluzione del contratto o della restituzione dell'azienda²²⁷.

6. Il criterio della prevalenza

Nel concordato in continuità aziendale, in base a quanto disposto al comma terzo dell'art. 84 c.ins. i creditori devono essere soddisfatti in misura prevalente *“dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino”*.

Il piano può quindi prevedere anche la dismissione di beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività. Il soddisfacimento dei creditori deve comunque originarsi prevalentemente dalla gestione dell'impresa, ma la presenza di altri flussi di cassa non incide sulla natura del concordato proprio in quanto i beni oggetto di liquidazione non sono funzionali alla gestione stessa²²⁸.

La prevalenza è la condizione che fa da spartiacque tra il concordato in continuità aziendale ed il concordato liquidatorio, in aderenza a quanto previsto anche nella Legge delega n. 155/2017²²⁹.

Viene definitivamente risolto un dubbio relativo alla legge fallimentare²³⁰ recependo l'orientamento prevalente della giurisprudenza e stabilendo che i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività caratteristica debbano prevalere su quelli derivanti dalla cessione di beni non funzionali (prevalenza c.d. quantitativa)²³¹. Il piano quindi deve prevedere una valutazione prospettica dei due flussi in modo da poter valutare la prevalenza.

Si parla, invece, di prevalenza qualitativa, che viene considerata sempre sussistente (art. 84, co. 3, c.ins.), quando il piano prevede che i flussi di cassa attesi siano generati per un minimo di due anni da un'impresa in cui siano addetti almeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore nei due esercizi precedenti al deposito del ricorso²³².

²²⁷ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 7/2019, p. 855 ss

²²⁸ M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

²²⁹ M. BETTINI, *La continuità diretta e indiretta nel concordato preventivo: evoluzione normativa e giurisprudenziale e novità contenute nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, materiali del corso di perfezionamento “Il Nuovo Diritto Fallimentare”, Firenze, 27 febbraio e 14 marzo 2019, II, p. 21

²³⁰ I due criteri principali in base ai quali gli interpreti avevano determinato la disciplina da applicare al concordato c.d. “misto” erano quello della “combinazione”, che impone di differenziare i contenuti del regolamento negoziale per applicarvi la normativa relativa al concordato “tipo” di riferimento (Trib. Ravenna, 28 aprile 2015; Trib. Ancona, 20 giugno 2016, entrambe in www.ilcaso.it); il secondo, dell’“assorbimento” o “prevalenza”, secondo il quale il concordato è governato unitariamente secondo la disciplina del negozio giudicato essere prevalente (Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018; Trib. Udine, 28 febbraio 2017; Trib. Monza, 26 luglio 2016; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014; tutte in www.ilcaso.it)

²³¹ Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018, in www.ilcaso.it

²³² M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in www.fallimentiesocietà.it, 2019

Tale disposizione introduce una vera e propria finzione di prevalenza delle componenti riconducibili alla continuità aziendale, in quanto prescinde dichiaratamente dal calcolo meramente quantitativo dei ricavi generati dalla continuità²³³: ogni verifica circa la prevalenza dei ricavi derivanti dalla continuità rispetto a quelli derivanti dalla liquidazione è superflua laddove sia presente il requisito occupazionale di cui al secondo periodo dell'art. 84, co. 3, c.ins.

Qui viene in rilievo un profilo di criticità, anche costituzionale, in rapporto al principio di legge delega di cui all'art. 6, comma 1, lett. i), n. 2), L. n. 155/2017: il requisito occupazionale rappresenta un eccesso rispetto alla delega²³⁴.

Infatti, con specifico riferimento al concordato preventivo, la legge delega ha confermato che tale procedura debba perseguire l'interesse prioritario dei creditori e, poi, dell'imprenditore e dei soci. Non vi è alcun riferimento all'interesse dei lavoratori (a differenza di quanto avviene per l'amministrazione straordinaria). Sotto questo profilo, appare evidente che l'inserimento di regole volte alla salvaguardia occupazionale, per quanto ispirate da legittimi obiettivi di natura sociale, rappresenti una previsione incompatibile con i principi della legge delega, in quanto la salvaguardia occupazionale si pone in contrasto con il miglior interesse del ceto creditorio che da sempre rappresenta la finalità primaria del concordato preventivo²³⁵.

²³³ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.

²³⁴ La norma potrebbe essere dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. Al legislatore delegato spettano, infatti, margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, senza però tradirne la ratio, così Corte cost. 23 marzo 2016, n. 59 e Corte cost. 5 giugno 2015, n. 98, entrambe in Pluris.

²³⁵ S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *www.ilcaso.it*, 25.2.2019

CONCLUSIONI

L'analisi oggetto del presente elaborato consente di effettuare una serie di considerazioni in merito ai risultati ottenuti dal legislatore con l'introduzione della normativa sul concordato preventivo con continuità aziendale, nonché con i numerosi interventi legislativi susseguitisi negli anni, ponendoli a confronto con quelli che erano gli obiettivi che si sarebbero voluti raggiungere.

La volontà dell'organo legislativo di bilanciare esigenze contrapposte, ossia quella del debitore a mantenere in vita la sua azienda, cercando di alleggerire il suo carico debitorio, dilazionando o decurtando i pagamenti ai creditori, e quella di questi ultimi, interessati a vedere soddisfatte le loro pretese nel limite massimo possibile, data la situazione della controparte, si è manifestata con l'introduzione di norme ora di *favor* per il debitore, ora di protezione nei confronti della massa creditoria.

Per meglio tutelare l'interesse dei creditori la norma in esame esige un contenuto aggiuntivo più dettagliato con riferimento al piano concordatario, nonché una serie di attestazioni specifiche necessarie al debitore per potersi "muovere" nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale.

Il professionista attestatore assume un ruolo centrale nella sua funzione di tutela del ceto creditorio. Molteplici sono le attestazioni richieste a tale figura nell'ambito dell'istituto oggetto del presente elaborato: come si è visto, una specifica attestazione deve essere depositata dal debitore con la restante documentazione che accompagna la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, come anche perché egli possa proseguire nei contratti con la pubblica amministrazione o per richiedere l'autorizzazione ad effettuare pagamenti in favore di creditori anteriori.

Quest'ultima possibilità concessa al debitore manifesta, invece, l'apertura nei confronti delle esigenze del debitore cui sia data la possibilità di proseguire nell'esercizio dell'impresa.

La stessa finalità vuole essere raggiunta poi offrendogli la possibilità di dilazionare il pagamento dei creditori privilegiati o di proseguire nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, anche partecipando a procedure di assegnazione di contratti pubblici.

Gli interventi legislativi susseguitisi dal 2012 ad oggi hanno evidenziato sicuramente l'accentuarsi di un atteggiamento di favore per il concordato con continuità, con conseguente indebolimento per lo strumento concordatario prettamente liquidatorio, questo in coerenza con gli obiettivi che si era prefissato il legislatore del Decreto Sviluppo.

Al contempo la scarna e, a volte, poco chiara normativa ha creato attorno all'istituto un panorama giurisprudenziale disomogeneo che ne ha, talvolta, limitato il ricorso.

Basti pensare al tema del contratto d'affitto ed ai contrasti giurisprudenziali emersi con riferimento all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 186-*bis* l.f. nell'ipotesi in cui ci fosse la stipula di tale contratto da parte del debitore.

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza pare aver chiarito alcuni degli interrogativi che la giurisprudenza e la dottrina si erano poste con riferimento alla disciplina di cui alla Legge Fallimentare. In merito al contratto d'affitto, come si è visto, viene chiarito dal nuovo Codice che esso integra le fattispecie cui sono applicabili le disposizioni sul concordato preventivo con continuità aziendale.

Per quanto concerne la nuova disciplina, che sarà applicabile dal prossimo agosto 2020, ci si auspica che essa possa permettere una più concreta applicazione dell'istituto, anche grazie all'introduzione dei nuovi indicatori della crisi d'impresa, i quali dovrebbero "allarmare" l'imprenditore prima che la situazione di crisi sia troppo vicina ad uno stadio di irreversibilità, consentendogli l'accesso alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale quando una ristrutturazione effettiva dell'impresa è ancora effettivamente praticabile.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bibliografia

- L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1108
- F. ACCETTELLA, *I finanziamenti alle imprese in regime di (pre)concordato dopo la legge n. 132/2015*, in *Dir.Fall.*, 2016, I, p. 50
- R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in www.ilfallimentarista.it
- S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in www.ilcaso.it, 25 febbraio 2019
- S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30 novembre 2015, p. 8 ss.
- S. AMBROSINI, *Il trattamento dei creditori privilegiati e il problema delle pretese erariali*, in F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli (dir.), in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Milano, 2014, p. 175
- S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 4 agosto 2013
- S. AMBROSINI, *Il controllo giurisdizionale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, p. 551 ss.
- M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.
- T. ARIANI, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo* (nota a Trib. Ancona 12.4.2012), in *Fall.*, 2013, p. 110 ss.
- A. BELLO, *Il ruolo del professionista attestatore nel concordato preventivo*, in *NDSoc*, 2015, p. 55
- F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, in *Dir. Fall.*, 2014, p. 555.
- P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2-3/2016, p. 241 ss.
- M. BETTINI, *La continuità diretta e indiretta nel concordato preventivo: evoluzione normativa e giurisprudenziale e novità contenute nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, nei materiali del Corso di perfezionamento “*Il Nuovo Diritto Fallimentare*”, Firenze, 27 febbraio e 14 marzo 2019, II, 21
- A. BORELLO, *Il business plan*, Milano, 2012

- G. BOZZA, *Affitto e vendita dell'azienda quali strumenti di risanamento dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2017, p. 1023 ss
- G. BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fall.*, 2014, p. 1097
- G. BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della Legge Fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 18 aprile 2014, p. 27 ss
- A. BRIGUGLIO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente*, in *Dir.Fall.*, 2014, I, p. 345 ss.
- F. BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui "finanziamenti autorizzati" a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir.Fall.*, 2015, I, p. 1
- F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e governance dell'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, p. 335 ss.
- R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi*, in *Fall.*, 7/2019, p. 845 ss.
- D. BURRONI, *Presupposti e inizio della procedura*, in S. Sanzio e D. Burroni (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 2019
- F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, in *Fall.*, 2013, p. 1389
- P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2013
- P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in Panzani (dir.), I, Torino, 2000, p. 89 ss.
- F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, p. 1116.
- R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, (nota a Cons. St. 14-1-2014, n. 101; Cons. St. 27-12-2013, n. 6272), in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 422 ss.
- G. COVINO e L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, in *www.ilfallimentarista.it*
- C.P. D'AIELLO, *Brevi note sul concordato "con riserva" e sui requisiti formali della domanda*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 50
- G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, p. 1163.
- P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1026 ss
- D. DE FILIPPIS, *Il rapporto tra affitto d'azienda e concordato preventivo con continuità aziendale nella prospettiva della riforma Rordorf*, (commento a Trib. Como 9 febbraio 2017), in *giustiziacivile.com*, 10 maggio 2017.

- M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, p. 227
- R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “Sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2019, p. 443 ss.
- A. DENTAMARO, *I finanziamenti dei soci nell’art. 182-quater, e nell’art. 182-quinquies, primo comma, l.f.*, in *Riv.Dir.Comm.*, 2014, p. 541 ss.
- V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. Fall.*, 6/2014, p. 806 ss.
- A. DIMUNDO, *Il ruolo dei contratti pendenti nella formazione di un piano fattibile nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, p. 1085.
- L. D’ORAZIO, *Il concordato prenotativo, le commesse e le gare pubbliche*, in *Fall.* 8-9/2019, p. 1071 ss
- M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in Scialoja-Branca-Galgano, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna 2014.
- M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa*, in *www.ilcaso.it*, 1 agosto 2012, p. 23 ss.
- M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, p. 172
- M. FALAGIANI, *Pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182-quinquies, comma 4, l.fall.*, in *Fall.*, 2014, p. 827 ss.
- G. FERRI JR, *Patrimonio, capitale, bilancio*, in *Dir. Soc.*, Milano, 2012, p. 95.
- F. FIMMANO’, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Napoli, 2016
- F. FIMMANO’, *Contratti d’impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir.Fall.*, 2014, p. 227
- V. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2009, p. 889 ss
- D. GALLETTI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, in *www.unijuris.it*
- P. GENOVIVA, *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. “strategici” e contratti di durata pendenti*, in *Fall.*, 2/2016, p. 195 ss. (nota a Trib. Modena, 6 agosto 2015)
- M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi: il crepuscolo del “re”*, in *www.fallimentiesocietà.it*, 2019
- M. GREGGIO, *Il concordato con continuità aziendale*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, p. 198.
- M. GREGGIO e R. BONIVENTO, *L’affitto d’azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in *www.ilcaso.it*

- D. GRIFFINI, *Le proposte concorrenti di concordato preventivo*, in *Giur.It.*, 2017, p. 262
- G. GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4/2019, p. 809 ss
- L. JEANTET, *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall., e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*, in www.ilfallimentarista.it
- A. JORIO e B.N. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali vol. 4*, Milano, 2016, p. 3 ss.
- G. LA CROCE, *I limiti del concordato di risanamento*, in M. Pollio (a cura di), *La riforma del fallimento*, Milano, 2019, p. 208
- F. LAMANNA, *Rischi "intrinseci" e paradossali delle istanze di autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per prestazioni "essenziali"*, in www.ilfallimentarista.it
- F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Il Civilista*, 2012, p. 58
- G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 4/2016, p. 385 ss
- G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fall.*, 2014, p. 733 ss.
- G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, p. 13
- G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, p. 1335 ss.
- G. LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale e altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in www.quotidianogiuridico.it, 29 agosto 2012
- G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 3/2012, p. 338 ss.
- A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Cont. Impr.*, 2013, p. 1088 ss
- G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 10/2016, p. 1074 ss.
- G.P. MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici* (nota a C Stato sez. V, 27.12.2013, n. 6272), in *Fall.*, 2014, p. 667
- F. MACARIO, *Diritto comune dei contratti e rapporti pendenti nel concordato in continuità aziendale dopo il D.L. n. 83/2015*, in *Fall.*, 2017, p. 338
- U. MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1049 ss.
- A. MAFFEI ALBERTI, *Note introduttive*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4/2019, p. 801 ss. (commento al D.Lgs. 12.01.2019, n. 14)
- A. MAFFEI ALBERTI, sub. art. 186 bis, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da Maffei-Alberti, Padova, 2013

- E. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur.It.*, 2017, p. 515
- E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”*: legge fallimentare e bankruptcycode a confronto, in *Riv. Dir. Proc.*, 2/2013, p. 426 ss.
- P. MONTALENTI, *Revocatoria, concordato, ristrutturazione del debito: le relazioni del professionista*, in *NDSoc.*, 2007, p. 6
- G. MONTELLA, *L’antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1039 ss.
- G.B. NARDECCHIA, *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. La riforma del fallimento*, supplemento a *ItaliaOggi* del 23 gennaio 2019, p.186.
- G.B. NARDECCHIA, *I finanziamenti prededucibili di cui agli artt. 182-quater e 182-quinquies l.fall.*, in *Fall.*, 2016, p. 1105 ss.
- G.B. NARDECCHIA, *Commento all’art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 2324 ss.
- G.B. NARDECCHIA e R. RANALLI, *Commento all’art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2014, p. 2312
- G.B. NARDECCHIA, *Commento all’art. 186-bis l.f.*, in G. Lo Cascio (dir.), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013
- F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 808.
- F. NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d’impresa alla luce dell’art. 182-quater l.fall.*, in *Riv.Dir.Soc.*, 2011, III, p. 434
- A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Commento per articoli*, Torino, 2014, 572.
- M. ORLANDI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Fisco*, 2012, p. 7386 ss.
- A. PALETTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 240
- M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir.Fall.*, 2017, I, 481
- L. PANZANI, *L’insolvenza in Europa: sguardo d’insieme*, in *Fall.*, 10/2015, p. 1013 ss.
- L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 9/2006, p. 1009 ss.
- A. PATTI, *Il contratto di affitto di azienda nel concordato preventivo con continuità* (nota a Trib. Cuneo 31.10.13), in *Fall.*, 2014, p. 191 ss.

- A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, p. 1099 ss.
- A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 673 ss.
- G.M. PERUGINI, *Il professionista nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 901 ss.
- A. PETROSILLO e F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, in www.ilfallimentarista.it, 10 aprile 2019
- V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2/2015
- F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 3/2015, p. 279 ss.
- R. RANALLI, *Commento all'art. 182-sexies l.f.*, in *Codice commentato del fallimento*, in G. Lo Cascio (dir.), Milano, 2015, p. 2279 ss
- F. ROLFI e R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015
- R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, p. 917.
- M. SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO e SASSANI, I, Milano, 2014, p. 137 ss
- G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 482 ss.
- M. SCIUTO, *Il concordato preventivo*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019, p. 184 ss.
- M. SCIUTO, *La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale. Diritto della crisi d'impresa*, Torino, 2018, p. 15 ss.
- M. SCIUTO, *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi*, in *Dir.Banca e Merc.Fin.*, 2016, p.128 ss.
- M. SCIUTO, *I finanziamenti dei soci nell'art. 2467 c.c. e nell'art. 182-quater l.fall.*, in *Dir.Banca e Merc.Fin.*, 2011, p. 54 ss.
- N. SOLDATI, *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in N. SOLDATI (a cura di), *Crisi d'impresa. Le novità del codice*, Sole 24 ore, 2019.
- M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) – La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in *Giur. it.*, 1/2018, p. 222 ss.
- L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 8-9/2017, p. 873 ss.
- L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1225 ss.

- L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 ss.
- G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2016, p.1389.
- M. TERENCE, *“Finanza esterna”, ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fall.*, 3/2019, p. 377 ss.
- G. TERRANOVA, *Il concordato con “continuità aziendale” e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 1 ss.
- R. TIZZANO, *L’indeterminatezza del giudizio di miglione e l’attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l. fall.*, in *Fall.*, 2/2014, p. 137 ss.
- C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014
- L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, in www.ilcaso.it
- P. VELLA, *La contendibilità dell’azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *NDSoc*, 2016, p. 26.
- P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell’UE*, in *Società*, 6/2016, p. 734 ss.
- P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 661 ss.
- P. VELLA, *Il pagamento dei crediti anteriori*, in FERRO-BASTIA-NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.
- G. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 231
- M. VITALI, *Profili di diritto societario delle proposte concorrenti nella nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv.Soc.*, 2016, p. 870 ss.
- M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 21 gennaio 2013
- L. ZOCCA, *L’attestazione nel concordato in continuità. Un quadro riassuntivo sui criteri che il professionista deve seguire*, in www.ilfallimentarista.it
- A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l.fall.*, in *Fall.*, 2010, p. 518 ss.

Giurisprudenza

Corte giust. UE, 13 dicembre 1989, causa C-322/88, Grimaldi, in *Raccolta*, I-4407

Corte cost. 23 marzo 2016, n. 59, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Corte cost. 5 giugno 2015, n. 98, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 19 novembre 2018 n. 29742, in www.unijuris.it

Cass. 10 gennaio 2018, n. 380, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 7 marzo 2017, n. 5696, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 7 marzo 2017, n. 5689, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 9 settembre 2016, n. 17911, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 26 settembre 2014, n. 20388, in *Fall.*, 3/2015, p. 273 ss, con nota di F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*.

Cass 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. 8 giugno 2012, n. 9373, in www.studiolegale.leggiditalia.it

App. Trieste 20 aprile 2017, in www.fallimentiesocietà.it.

App. Firenze 5 aprile 2017, in www.fallimentiesocietà.it.

Trib. Ravenna 15 gennaio 2018, in www.ilcaso.it

Trib. Udine 28 febbraio 2017, in www.ilcaso.it

Trib. Belluno 17 febbraio 2017, in www.ilcaso.it

Trib. Pordenone 19 gennaio 2017, in www.fallimentiesocietà.it.

Trib. Macerata 12 gennaio 2017, in www.ilcaso.it

Trib. Treviso 4 novembre 2016, in www.fallimentiesocietà.it

Trib. Ancona 20 giugno 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Rovigo 24 maggio 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Udine 5 maggio 2016, in www.fallimentiesocietà.it.

Trib. Como 29 aprile 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Alessandria 22 marzo 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Firenze 1 febbraio 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Pordenone 4 agosto 2015, in www.ilcaso.it

Trib. Monza 26 luglio 2016, in www.ilcaso.it

Trib. Padova 16 luglio 2015; in www.ilcaso.it.

Trib. Rovigo 26 maggio 2015, in *Fall.*, 8-9/2015, p. 998.

Trib. Rovigo 15 maggio 2015, in www.ilcaso.it

Trib. Ravenna 28 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*

Trib. Roma 24 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*

Trib. Arezzo 27 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*

Trib. Monza 13 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*

Trib. Padova 11 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Avezzano 22 ottobre 2014, in *Fall.*, 7/2015, con nota di G.B. NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, p. 846 ss.

Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Reggio Emilia 21 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Rovereto 13 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Mantova 9 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*.

Trib. Busto Arsizio 1 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Monza, 26 settembre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Nola 23 settembre 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Ravenna 19 agosto 2014, in *www.ilfallimentarista.it*

Trib. Vercelli 13 agosto 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Bergamo 6 febbraio 2014, in *www.ilfallimentarista.it*

Trib. Marsala 05 febbraio 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Roma 29 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*

Trib. Milano 28 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Terni 7 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Chieti 15 ottobre 2013, in *www.ilfallimentarista.it*

Trib. Mantova 19 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Firenze 7 agosto 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Monza 11 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Milano 30 maggio 2013, in *www.ilfallimentarista.it*

Trib. Padova 30 maggio 2013, in *Fall.*, 2014, 445.

Trib. Roma 6 maggio 2013, in *www.ilfallimentarista.it*

Trib. Novara 18 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Terni 2 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Bolzano 27 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Terni 12 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*.

Trib. Monza 16 gennaio 2013, in *Foro It.*, 2013

Trib. Milano II civ., verbale riassuntivo del 18-12-2012

Trib. Roma 25 luglio 2012 in *Fall.*, 2013, p. 748.

Trib. Bergamo 1 dicembre 2011, in *Fall.*, 3/2012, p. 335 ss., con nota G. LO CASCIO, *Cessione di azienda*

Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 63.

Trib. Alessandria 7 giugno 2005, in *Giur.it.*, 2006, I, 2, 990